



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e de Ciências Sociais – FAJS

KARINA RODRIGUES BRAGA

**REINCIDÊNCIA E INSIGNIFICÂNCIA: UM ESTUDO DOS JULGADOS DO STF,
DO STJ E DO TJDFT**

BRASÍLIA
2013

KARINA RODRIGUES BRAGA

**REINCIDÊNCIA E INSIGNIFICÂNCIA: UM ESTUDO DOS JULGADOS DO STF,
DO STJ E DO TJDFT**

Monografia apresentada como requisito
para conclusão do curso de bacharelado
em Direito pela Faculdade de Ciências
Jurídicas e Ciências Sociais do Centro
Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientadora: Prof^a. Carolina Luíza de
Lacerda Abreu.

**BRASÍLIA
2013**

KARINA RODRIGUES BRAGA

**REINCIDÊNCIA E INSIGNIFICÂNCIA: UM ESTUDO DOS JULGADOS DO STF,
DO STJ E DO TJDFT**

Monografia apresentada como requisito
para conclusão do curso de bacharelado
em Direito pela Faculdade de Ciências
Jurídicas e Ciências Sociais do Centro
Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientadora: Prof^a.: Carolina Luíza de
Lacerda Abreu.

Brasília, de 2013.

Banca examinadora

Prof^a. Carolina Luíza de Lacerda Abreu

Prof. Examinador

Prof. Examinador

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo verificar como o Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça e o Tribunal de Justiça do Distrito Federal têm enfrentado o princípio da insignificância em caso de réu reincidente. Para tanto será mencionado o conceito de princípio da insignificância, bem como seus requisitos e efeitos jurídicos. Após, será mencionado o conceito de reincidência, assim como sua classificação, seus requisitos e efeitos jurídicos. Além disso, será abordado o princípio da insignificância no Projeto de Lei do Senado nº 236 de 2012 (PLS 236/2012), e as críticas de doutrinadores renomados acerca do tema. Para verificar se a reincidência tem sido óbice a incidência do princípio da insignificância, uma pesquisa perante os tribunais supracitados acerca do crime de furto praticado por reincidente será objeto do presente trabalho. Desse modo será estabelecido um lapso temporal, em razão da grande quantidade de acórdãos acerca do tema.

Palavras-chave: princípio da insignificância – atipicidade material - reincidência – circunstância subjetiva.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	6
1 O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA.....	9
1.1 CONCEITO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA.....	9
1.2 REQUISITOS DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA.....	22
1.3 EFEITOS JURÍDICOS DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA.....	29
1.4 PROPOSTA DE INCLUSÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO NOVO CÓDIGO PENAL (PLS 236/2012)	34
1.5 CRÍTICA AO PLS 236/2012	37
2 A REINCIDÊNCIA.....	45
2.1 CONCEITO.....	45
2.1.1 Classificação.....	50
2.2 REQUISITOS.....	51
2.3 EFEITOS JURÍDICOS.....	53
3 APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO STF, NO STJ E NO TJDFT.....	67
3.1 APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO STF E NO STJ.....	67
3.2 APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO TJDFT.....	71
CONCLUSÃO.....	85
REFERÊNCIAS.....	89

INTRODUÇÃO

O Princípio da Insignificância não possui previsão legal e por isso se mostra interessante um estudo acerca da sua aplicação perante os tribunais. Assim, em razão de ser uma construção jurisprudencial e doutrinária serão analisados neste trabalho os requisitos exigidos por aqueles para a incidência do princípio em comento. Em especial, se são necessários apenas requisitos objetivos ou se além desses, os requisitos subjetivos.

Ao longo do trabalho será observado que existem posicionamentos divergentes acerca do tema, de modo que para alguns doutrinadores e magistrados um fato pode ser insignificante independentemente de quem o tenha praticado. Outrora, para outros o mesmo fato pode obstar a incidência do princípio da insignificância em razão de o agente ser reincidente.

Ademais, serão analisados os argumentos utilizados para impedir ou não o princípio da insignificância por um lapso temporal determinado nos julgados do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, bem como do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios.

Além disso, importante salientar que diversos princípios do Direito Penal estão diretamente relacionados com o princípio da insignificância, se não são a sua base, como por exemplo, o princípio da proporcionalidade, da fragmentariedade, da intervenção mínima, dentre outros que serão explanados. Assim, estes servem de auxílio ao aplicador do direito na análise do caso concreto.

Dessa forma, o presente trabalho tem o fito de analisar por quais razões a reincidência tem sido óbice à incidência do princípio da insignificância. Várias indagações serão sanadas ao longo do trabalho, como por exemplo, se a circunstância de o agente ser reincidente torna o delito mais grave, o porquê da punição com o Direito Penal diante de um fato bagatela praticado por reincidente, se a reiteração foi ocasionada em razão da insuficiência da pena ou se em razão da política criminal até então adotada não ter obtido sucesso, ou seja, não cumprir sua finalidade, qual seja além da punição, a ressocialização.

No primeiro capítulo será explanado o conceito de princípio da insignificância do ponto de vista da doutrina e da jurisprudência, bem como serão abordados os requisitos necessários para a incidência do instituto e a divergência existente quanto a esses requisitos.

Também serão abordados outros princípios do Direito Penal que se relacionam com o princípio em questão, quais sejam os princípios da lesividade, da fragmentariedade, da subsidiariedade, da intervenção mínima e da proporcionalidade. Apesar de o princípio da insignificância não possuir respaldo legal, os demais institutos supracitados embasam a aplicação daquele, e a inobservância da insignificância provoca a infringência de todos esses princípios.

Em sequência serão mencionados os efeitos jurídicos da aplicação, bem como da não aplicação do princípio da insignificância no caso concreto, ou seja, frente a um delito bagatelar.

Ainda o primeiro capítulo trará uma análise da proposta de inclusão do princípio da insignificância no novo Código Penal. Para tanto será observado o Projeto de Lei do Senado nº 236 de 2012 demonstrando além de como o instituto foi abordado no projeto, os posicionamentos de doutrinadores renomados acerca da inclusão do princípio no novo Código Penal, assim como as críticas acerca da referida inclusão, da maneira como foi abordada.

No segundo capítulo será abordado o conceito de reincidência, e ao contrário do princípio da insignificância, este instituto possui previsão legal estando disposto no art. 63 do Código Penal. Será abordado também a diferenciação entre primariedade, antecedentes criminais e reincidência, bem como a diferença deste último para o criminoso habitual e por tendência.

Além disso, o capítulo trará a classificação da reincidência conforme entendimento doutrinário, assim como os requisitos necessários para ensejar a reincidência conforme o disposto no Código Penal.

Também serão mencionados os inúmeros efeitos jurídicos negativos do instituto para o agente, mencionando os estigmas irreversíveis e o etiquetamento criado no indivíduo.

E no terceiro capítulo será demonstrado o posicionamento do Supremo Tribunal Federal (STF), do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e do Tribunal de Justiça do Distrito Federal (TJDFT) em um determinado lapso temporal, acerca do princípio da insignificância frente aos reincidentes.

O objetivo é verificar como vem sendo o reconhecimento do princípio da insignificância, se a circunstância da reincidência tem obstado a aplicação da insignificância, e se não tem sido o argumento utilizado para obstar, quais são as circunstâncias que obstaram, bem como qual o percentual de aplicação ou não deste.

Para a análise do posicionamento do STF e do STJ acerca do tema será utilizada a pesquisa “O Princípio da Insignificância nos crimes contra o patrimônio e contra a ordem econômica: análise das decisões do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça”, de autoria de Cruz Bottini, sendo que apenas serão analisados os dados referentes aos delitos patrimoniais.

Assim, no STF o lapso temporal utilizado para fazer a análise dos julgados foi o período compreendido entre 2005 e 2009, enquanto que no STJ o lapso temporal utilizado na pesquisa foi entre o período de 2006 a 2010.

Já para a análise do posicionamento do TJDFT o presente trabalho trará uma pesquisa com os julgados do respectivo tribunal no lapso temporal compreendido entre 2010 e julho de 2013. A pesquisa será restrita apenas aos crimes de furto quando praticados por réus reincidentes com o fito de se verificar se o argumento da reincidência tem sido óbice à incidência do princípio da insignificância, e se não, quais os argumentos utilizados para a não aplicação do instituto.

1 O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

1.1 CONCEITO

O princípio da insignificância não tem amparo legal, ou seja, não está previsto no nosso ordenamento jurídico brasileiro. No entanto, é uma criação jurisprudencial e doutrinária, onde se aplica o princípio em questão com a finalidade de excluir a tipicidade penal, haja vista a ofensividade da conduta ser tão ínfima, pequena, que não se mostra relevante a aplicação do Direito Penal¹. Além disso, a incidência do princípio da insignificância também se justificaria por razões de política-crimal.²

O doutrinador Luiz Flávio Gomes ainda explicita:

“Sendo um princípio não legislado expressamente no Direito penal comum, mais do que natural é a dificuldade de se encontrar sua base de apoio, isto é, seus vetores ou critérios de razoabilidade.”³

Nada obstante, na hipótese de falta de lei, o magistrado não pode se abster de julgar o fato, devendo, portanto, buscar nas fontes subsidiárias do direito a resposta para uma solução adequada ao caso concreto. E é entre estas fontes subsidiárias que se encontra o princípio da insignificância⁴:

“É certo também que, em decorrência da ostensiva estigmatização da resposta criminal, o sistema constituído pelo direito penal para proteção dos bens jurídicos não dispõe exclusivamente de regras escritas, de normas penais incriminadoras, permissivas e

¹ DISTIRTO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. *Acórdão nº 466.990*. Rel. Desembargador Arnaldo Camanho de Assis, Segunda Turma, julgado em 11 nov. 2010. Brasília, 01 dez. 2010. Disponível em <http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?tipoDeData=DataPublicacao&tokenDePaginacao=1&camposSelecionados=Espelho&tipoDeNumero=NumAcordao&visaoid=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&quantidadeDeRegistros=20&baseDados=BASE_ACORDAOS&baseDados=BASE_HISTORICA&baseDados=TURMAS_RECURSAIS&baseDados=SUMULAS&idDoUsuarioDaSessao=&skin=&argumentoDePesquisa=466.990&nomeDaPagina=buscaLivre&endereçoDoServlet=sistj&internet=1&tipoDeRelator=Relator&visaoAnterior=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&comando=pesquisar&controladorId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.ControladorBuscaAcordao&COMMAND=ok>. Acesso em 21 set. 2013.

² BARBOSA JÚNIOR, Salvador José. *et al.* Breves anotações do princípio da insignificância. *Revista IOB de Direito penal e processo penal*, ano 7, n.41, p. 28-41, dez./jan. 2007.

³ GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 76.

⁴ PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral*, arts. 1º a 120. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. v.1.

explicativas. Notável também é a presença de princípios, hauridos da Constituição Federal, os quais igualmente têm a finalidade de funcionar como limites da atuação do legislador e do julgador, visando direcioná-lo na adoção de política criminal mínima e garantista.”⁵

O princípio da insignificância desenvolveu-se teoricamente, mais recentemente pela ideia de Claus Roxin, que entendeu este princípio como sendo uma causa excludente de tipicidade, visto que a insignificância não faz parte das características intrínsecas do tipo delitivo, mas sim uma ferramenta aplicada àquelas condutas que não geram lesões significativas ao bem jurídico lesado, são os chamados crimes de pequena monta.⁶

Além de Luiz Regis Prado⁷ e de Cezar Roberto Bitencourt⁸, Cristiano Rodrigues também entende que o princípio da insignificância é uma causa excludente de tipicidade. Este último doutrinador conceitua o princípio em comento da seguinte forma: “Não há crime se a lesão ao bem jurídico alheio for pequena, insignificante e irrelevante, nestes casos o fato deverá ser considerado atípico.”⁹

O princípio em questão está relacionado a fatos praticados por um agente, que apesar de estarem tipificados como crimes no direito penal não merecem a incidência de sanção penal, visto que são fatos irrelevantes do ponto de vista material, não houve significativo desvalor na conduta do agente ou no resultado causado por este, e por consequência carece de um requisito essencial à caracterização da tipicidade penal, qual seja a tipicidade material.¹⁰

Dessa forma, sabendo que para a incidência do Direito Penal se faz necessária a tipicidade conglobante, quero dizer, a tipicidade formal (adequação do fato ao tipo penal) mais a tipicidade material (relevância jurídica do bem protegido), na ausência da tipicidade material não haverá crime, ou seja, a conduta será atípica, haja vista a irrelevância do fato e por consequência disso haverá a aplicação do

⁵ BARBOSA JÚNIOR, Salvador José. *et al. op., cit.*, p. 29.

⁶ PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral, arts. 1º a 120*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. v.1.

⁷ *Ibidem*.

⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*, 1. São Paulo: Saraiva, 2013.

⁹ RODRIGUES, Cristiano. *Temas controvertidos de direito penal*. São Paulo: Método, 2010. p. 35.

¹⁰ GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

princípio da insignificância. Nesse sentido foi o julgado do TJDF, no voto do Acórdão 602.030 do Desembargador Relator Silvânio Barbosa dos Santos:

“Comungo do entendimento segundo o qual a condenação penal pressupõe a **tipicidade conglobante** - fundada na conduta antinormativa e materialmente típica do agente. Assim, para que a conduta do autor amolde-se ao tipo penal é preciso que haja relevância do bem jurídico protegido; não havendo falar em adequação quando o prejuízo ao bem jurídico tutelado é considerado inexpressivo.”¹¹

Assim, na aplicação do princípio da insignificância não há que se falar sequer em infração, pois para tal *mister* se faz a incidência tanto da tipicidade formal quanto material, ou seja, não basta a simples adequação do fato à norma. Quando presente a atipicidade material, ou seja, a irrelevância penal do fato incide o princípio.

A irrelevância do fato está estritamente ligada aos juízos valorativos do fato, segundo Luiz Flávio Gomes, o juízo valorativo da conduta e o juízo valorativo do resultado. Assim, quando não houver a reprovação da conduta ou do resultado ensejará a atipicidade material, caracterizada pela irrelevância do fato diante seus juízos valorativos. E, apesar de possuir tipicidade formal (estar descrito na lei como crime) não possui tipicidade material (não desaprovação da conduta ou resultado).¹²

Dessa forma, tem-se que se o fato-crime não gerou um resultado significativo, quer dizer, com relevância jurídica, não há por que haja a incidência do direito penal, haja vista suas sanções serem desproporcionais ao fato, assim puniriam o agente além do necessário¹³. E não se considera relevante mover a

¹¹ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. *Acórdão 602.030*. Rel. Desembargador Silvânio Barbosa dos Santos, Segunda Turma, julgado em 28 jun. 2013. Brasília, 07 jul. 2012. Disponível em: <http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?internet=1&visaoid=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&argumentoDePesquisa=602.030+&tokenDePaginacao=1&camposSelecioneados=Espelho&tipoDeData=DataPublicacao&idDoUsuarioDaSessao=&quantidadeDeRegistros=20&visaoAnterior=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&skin=&nomeDaPagina=buscaLivre&controladorId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.ControladorBuscaAcordao&tipoDeRelator=Relator&enderecoDoServlet=sistj&comando=pesquisar&COMMAND=ok&baseDados=BASE_ACORDAOS&baseDados=BASE_HISTORICA&baseDados=TURMAS_RECURSAIS&baseDados=SUMULAS&tipoDeNumero=NumAcordao>. Acesso em: 27 ago. 2013

¹² *Ibidem*.

¹³ BRUTTI, Roger Spode. O princípio da insignificância frente ao poder discricionário do delegado de polícia. *Revista IOB de Direito penal e processo penal*, ano 7, n. 41, p. 7-27, dez/jan. 2007.

máquina judiciária para cuidar de casos insignificantes, tampouco para punir um indivíduo que comete essas condutas de pouca relevância.

Acerca da atipicidade material nos ensina Luiz Flávio Gomes:

“Em outras palavras, é uma conduta ou um ataque ao bem jurídico tão irrelevante que não requer a (ou não necessita da) intervenção penal. Resulta desproporcional a intervenção penal nesse caso.”¹⁴

Assim, a tipicidade material, como um requisito da tipicidade penal exige que o fato gere uma lesão significativa, um dano efetivo “em grau suficiente de lesividade para justificar uma reação estatal punitiva”¹⁵ nos dizeres do Ministro Ayres Britto, e continua afirmando:

“o dano que subjaz à categoria da insignificância penal não caracteriza, materialmente, sequer lesão de pequena monta; ou seja, trata-se de ofensividade factualmente nula, porquanto abaixo até mesmo da concepção constitucional de dano menor. Donde sua categorização como penalmente atípica.”¹⁶

Por estas razões, não é correto aplicar o Direito Penal, como diz Luiz Flávio Gomes, “com todas as suas pesadas armas sancionatórias sobre um fato verdadeiramente insignificante”¹⁷.

Nessa linha de entendimento é o ensinamento de Damásio E. de Jesus ao afirmar que o princípio da insignificância:

“Ligados aos chamados “crimes de bagatela” (ou “delitos de lesão mínima”), recomenda que o Direito Penal, pela adequação típica, somente intervenha nos casos de lesão jurídica de certa gravidade, reconhecendo a atipicidade do fato nas hipóteses de perturbações jurídicas mais leves (pequeníssima relevância matéria). Hoje, adotada a teoria da imputação objetiva, que concede relevância à afetação jurídica como resultado normativo do crime, esse princípio apresenta

¹⁴ GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 21.

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 109134/RS*. Rel. Min. Ayres Britto, Segunda Turma, julgado em 13 ago. 2011. Brasília, 01 mar. 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC+109134%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/pvj8dsc>>. Acesso em: 30 ago. 2013.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ *Ibidem*. p. 21.

enorme importância, permitindo que não ingressem no campo penal fatos de ofensividade mínima.”¹⁸

Assim, quando não houver resultado relevante, faz-se necessário o reconhecimento do princípio da insignificância, que também está inteiramente ligado com o axioma *minima non curat praetor*, que significa que não se deve ocupar de casos mínimos, insignificantes, em razão do Direito Penal ter por fim a sua incidência em crimes cuja gravidade se mostra relevante, com alto grau de reprovabilidade e ofensividade da conduta ou do resultado desta. E, caso não seja reconhecido o crime de bagatela estará a ensejar no uso excessivo das sanções tipificadas no Direito Penal.¹⁹

Luiz Flávio Gomes cita um exemplo interessante em que o agente derrama um copo d’água diante de uma inundação causada por outrem; nessa situação sua ação não é relevante, pois um copo d’água não mudaria tal circunstância. Em contrapartida, quem furta uma cebola colabora para uma ação com significante desvalor; contudo, o resultado causado é ínfimo. E menciona:

“Cada caso é um caso. O princípio da insignificância pode ter incidência quando há puro desvalor da ação (caso do copo d’água) ou puro desvalor do resultado (furto de uma cebola) ou a combinação de ambos (...). É assim que devemos compreender a jurisprudência atual (predominante) no STF (de acordo com nossa opinião).”²⁰

Até mesmo em se tratando de uma tentativa de lesão ao bem jurídico, o agente não deve incidir às sanções penais se sua tentativa não for significativa:

“[...] para que uma conduta seja delitiva não é somente indispensável que constitua um comportamento externo (transcendente ao mundo exterior) circunstancialmente descrito em uma lei formal prévia, senão que, ademais, deve causar dano ou ofender em cada caso, de maneira indefectível, o bem especificamente protegido pela norma. Embora seja um assunto controvertido, na atualidade admite-se que incontáveis são os princípios que amparam (que fundamentam) a

¹⁸ JESUS, Damásio E. de. *Direito penal: parte geral*. 31 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v 1. p. 52-53.

¹⁹ PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral, arts. 1º a 120*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. v.1.

²⁰ GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 23.

tese da insignificância penal, como causa excludente da tipicidade material.”²¹

Importante salientar que outros princípios estão diretamente ligados a este em questão, se não são sua base, como o princípio da lesividade²², da fragmentariedade²³, da subsidiariedade²⁴, da intervenção mínima²⁵, e da proporcionalidade.²⁶

O princípio da lesividade funciona como um limitador ao exercício do Estado, visto que este só poderá colocar em prática todo o seu aparelhamento jurídico de proteção a bens jurídicos tutelados, quando houver realmente uma lesão, uma violação a esses bens. Nesse sentido:

“[...] convém repudiar a idéia de bem jurídico tutelado, que não passa de uma inversão extensiva racionalizante do conceito limitador de bem jurídico afetado, proveniente do racionalismo, e só resta manter este último como expressão dogmática do princípio da lesividade, que requer também uma entidade mínima e afetação (por dano ou por perigo), excluindo bagatelas ou afetações insignificantes.”²⁷

Enquanto que pelo princípio da intervenção mínima tem-se que o Direito Penal só deve incidir em *ultima ratio*²⁸, ou seja, quando realmente for imprescindível à sociedade, pois “o uso excessivo da sanção criminal (inflação penal) não garante uma maior proteção de bens; ao contrário, condena o sistema penal a uma função meramente simbólica e negativa”²⁹. Até porque o Direito Penal é revestido das mais agressivas punições existentes no ordenamento jurídico, por isso a sua atuação só se impõe em última circunstância.³⁰

Em relação ao princípio da intervenção mínima, Luiz Regis Prado afirma:

²¹ GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p.79-82.

²² ZAFFARONI, E. Raul, *et.al. Direito penal brasileiro: teoria geral do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2003. v.1.

²³ PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral*, arts. 1º a 120. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. v.1.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ ZAFFARONI, E. Raul, *et.al. op. cit.*, p. 227-228.

²⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*, v. 1. São Paulo: Saraiva, 2013.

²⁹ PRADO, Luiz Regis. *op. cit.*, p. 140-141.

³⁰ ROSA, Fabio Bittencourt da. *Direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Impetus, 2003. p. 28.

"O princípio da intervenção mínima ou subsidiariedade estabelece que o Direito Penal só deve atuar na defesa dos bens jurídicos imprescindíveis à coexistência pacífica dos homens e que não podem ser eficazmente protegidos de forma menos gravosa."³¹

Acerca do princípio em comento, Nilo Batista preleciona que a pena só deve ser usada como meio extremo por ser a intervenção do Estado mais radical. E, que apesar deste princípio não estar expresso na constituição e no código penal, está conectado com outros princípios penais.³² E assim conclui que:

"O Estado não deva recorrer ao direito penal e sua gravíssima sanção se existir a possibilidade de garantir uma proteção suficiente com outros instrumentos jurídicos não-penais [...] o direito penal só deve intervir nos casos de ataques muito graves aos bens jurídicos mais importantes, e as perturbações mais leves da ordem jurídica são objeto de outros ramos do direito".³³

A intervenção do direito penal com suas sanções criminais em casos em que não há um dano real à sociedade "importa o desrespeito mais censurável à ciência criminal, ab-rogando da fragmentariedade que é a nota do Direito Penal."³⁴

O princípio da fragmentariedade decorrente do princípio da intervenção mínima estabelece que o Direito Penal só deve ser aplicado diante de situações intoleráveis, ou seja, diante dos fatos considerados mais agressivos à sociedade, e por estas razões se mostra indiscutível sua relevância. Nos dizeres de Cezar Bitencourt, "o Direito Penal não deve sancionar todas as condutas lesivas dos bens jurídicos, mas tão somente aquelas condutas mais graves e mais perigosas praticadas contra bens mais relevantes"³⁵.

A idéia desse postulado não é de menos segurança aos bens jurídicos; pelo contrário, é um limite à aplicação de sanções penais.³⁶ E completa Luiz Regis Prado:

"Isso quer dizer que apenas as ações ou omissões mais graves endereçadas contra bens valiosos podem ser objeto de

³¹ PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*: parte geral, arts. 1º a 120. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. v.1. p. 140.

³² BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

³³ *Ibidem*. p. 82-83.

³⁴ ROSA, Fabio Bittencourt da. *Direito penal*: parte geral. Rio de Janeiro: Impetus, 2003. p. 27.

³⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*: parte geral, v. 1. São Paulo: Saraiva, 2013.p. 56.

³⁶ PRADO, Luiz Regis. *op. cit.*

criminalização. [...] Esse princípio impõe que o Direito Penal continue a ser um arquipélago de pequenas ilhas no grande mar do penalmente indiferente.³⁷

Importante ainda ressaltar que nos casos de bens jurídicos com lesão ínfima, o que não se admite é a incidência do Direito Penal, com suas violentas armas, pois este deve ser apenas a *ultima ratio*³⁸. Pelo contrário, segundo Cezar Bitencourt os outros ramos do direito é que devem atuar nas lesões de ínfima gravidade, e apenas se deve recorrer ao direito penal quando os outros ramos do direito como, por exemplo, o civil, o administrativo, o trabalhista, o tributário³⁹ se mostrarem inadequados diante a gravidade da lesão⁴⁰. Visto que apesar de esses fatos não se tratarem necessariamente de um ilícito penal, não deixam de ser um ilícito, e não dão ensejo, portanto a impunidade.⁴¹

“[...] se outras formas de sanção ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização é inadequada e não recomendável. Assim, se para o restabelecimento da ordem jurídica violada forem suficientes medidas civis ou administrativas, são estas as que devem ser empregadas, e não as penais”⁴².

Ainda acerca do princípio da insignificância e sua correlação com os princípios supracitados afirmou o Desembargador Relator Silvânio Barbosa dos Santos no julgamento de uma apelação na qual a defesa pleiteou a aplicação do postulado em questão: “A mera subsunção do fato à norma, sem analisar sua tipicidade material, afronta aos postulados da intervenção penal mínima, da fragmentariedade e subsidiariedade do Direito Penal.”⁴³

³⁷ PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral*, arts. 1º a 120. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. v.1. p. 142.

³⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*, v. 1. São Paulo: Saraiva, 2013.

³⁹ GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ *Ibidem*. p. 32.

⁴² *Ibidem*. p. 54.

⁴³ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. *Acórdão 602.030*. Rel. Desembargador Silvânio Barbosa dos Santos, Segunda Turma, julgado em 28 jun. 2013. Brasília, 07 jul. 2012. Disponível em: <<http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?internet=1&visaoid=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&argumentoDePesquisa=602.030+&tokenDePaginacao=1&camposSelecioneados=Espelho&tipoDeData=DataPublicacao&idDoUsuarioDaSessao=&quantidadeDeRegistros=20&visaoAnterior=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&skin=&nomeDaP>>

Além disso, o Direito Penal perderia sua função de punir o fato de acordo com a lesão jurídica causada, pois qualquer sanção penal seria desproporcional ao fato quando considerado insignificante, daí a necessidade de considera-lo atípico, pois embora formalmente típico, não possui relevância jurídica no Direito Penal.

Nesse mesmo acórdão continuou o Desembargador Revisor João Timóteo de Oliveira acerca do princípio da insignificância e seus princípios basilares citando a lição de Cezar Roberto Bitencourt:

“Nesse contexto de intervenção mínima é que se insere o princípio da insignificância. Ou seja, não é qualquer ofensa que acarretará a tipicidade material da conduta, não obstante a adequação do fato à letra da lei.⁴⁴ É imperativa uma efetiva proporcionalidade entre a gravidade da conduta que se pretende punir e a drasticidade da intervenção estatal. Amiúde, condutas que se amoldam a determinado tipo penal, sob o ponto de vista formal, não apresentam nenhuma relevância material. Nessas circunstâncias, pode-se afastar liminarmente a tipicidade penal porque em verdade o bem jurídico não chegou a ser lesado.”⁴⁵

O princípio da proporcionalidade, segundo Luiz Regis Prado, “impõe a verificação da compatibilidade entre os meios empregados pelo elaborador da norma e os fins que busca atingir” deve-se buscar um equilíbrio entre a pena a ser aplicada e o fato praticado.⁴⁶

agina=buscaLivre&controladorId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.ControladorBuscaAcordao&tipoDeRelator=Relator&endereçoDoServlet=sistj&comando=pesquisar&COMM AND=ok&baseDados=BASE_ACORDAOS&baseDados=BASE_HISTORICA&baseDados=TURMA S_RECURSAIS&baseDados=SUMULAS&tipoDeNumero=NumAcordao>. Acesso em: 27 ago. 2013

⁴⁴ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. *Acórdão 602.030*. Rel. Desembargador Silvano Barbosa dos Santos, Segunda Turma, julgado em 28 jun. 2013. Brasília, 07 jul. 2012. Disponível em: <http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?internet=1&visaoid=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&argumentoDePesquisa=602.030+&tokenDePaginacao=1&camposSelecionados=Espelho&tipoDeData=DataPublicacao&idDoUsuarioDaSessao=&quantidadeDeRegistros=20&visaoAnterior=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&skin=&nomeDaPagina=buscaLivre&controladorId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.ControladorBuscaAcordao&tipoDeRelator=Relator&endereçoDoServlet=sistj&comando=pesquisar&COMM AND=ok&baseDados=BASE_ACORDAOS&baseDados=BASE_HISTORICA&baseDados=TURMAS_RECURSAIS&baseDados=SUMULAS&tipoDeNumero=NumAcordao>. Acesso em: 27 ago. 2013

⁴⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*, 1. São Paulo: Saraiva. 2013. p. 60.

⁴⁶ PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral*, arts. 1º a 120. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. v.1. p. 141.

Assim, a limitação de um direito somente será legal quando estiver proporcional ao fato que deu origem à sua causa; deve-se sopesar a medida necessária e adequada a ser aplicada ao agente, sem pecar no excesso e na falta, ou seja, apenas o necessário para repelir o mal injusto causado à sociedade. A pena além de idônea e necessária deve ser proporcional.⁴⁷ E menciona:

“Trata-se então de “uma concordância material entre a ação e reação, causa e consequência, delito e consequência jurídico-penal, constituindo parte do postulado de Justiça: ninguém pode ser incomodado ou lesionado em seus direitos com medidas jurídicas desproporcionadas”.⁴⁸

Luiz Regis Prado divide o princípio da proporcionalidade em três vertentes, a primeira seria a adequação ou idoneidade, a segunda a necessidade ou exigibilidade, e a última a proporcionalidade em sentido estrito.⁴⁹

A idéia é no sentido de que “uma medida é razoável quando apta a atingir os objetivos para os quais foi proposta”. Assim, deve-se manter uma pena proporcional ao delito praticado, uma pena suficiente para o fim desejado; tal circunstância caracteriza a vertente da adequação.⁵⁰

Para a vertente da necessidade ou exigibilidade, a sanção penal deve ser a única eficaz, não pode aplicar esta se existem outros meios menos gravosos e que atinjam o mesmo objetivo.⁵¹

E a vertente da proporcionalidade em sentido estrito exige uma mensuração razoável entre o fato e a consequência jurídica, proibindo qualquer excesso. Há uma comparação valorativa entre o fato ilícito e a pena. Assim, “a proporção se torna uma verdadeira *conditio* da legalidade”, ou seja, deve-se buscar um equilíbrio.⁵²

Ainda sobre o princípio da proporcionalidade Beccaria afirma:

⁴⁷ PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*: parte geral, arts. 1º a 120. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. v.1.

⁴⁸ *Ibidem*. p. 143.

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ *Ibidem*. p. 142.

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² *Ibidem*. p. 143

“a fim de que o castigo surta o efeito que se deve esperar dele, basta que o mal causado vá além do bem que o culpado retirou do crime. [...] Qualquer excesso de severidade torna-a supérflua e, portanto, tirânica.”⁵³

Dessa forma, qualquer excesso de pena aplicado ao agente não estará buscando a finalidade do direito penal, mas sim a desvirtuando, e ao contrário do que se aspira estará a ferir a segurança jurídica.⁵⁴

Ademais, para que uma pena atinja a finalidade de ser proporcional ao delito Beccaria afirma:

“É que, para não ser um ato de violência contra o cidadão, a pena deve ser, de modo essencial, pública, pronta, necessária, a menor das penas aplicáveis nas circunstâncias dadas, proporcionada ao delito e determinada pela lei.”⁵⁵

Não é diverso o entendimento adotado no Supremo Tribunal Federal, ao questionar o princípio da insignificância e a questão da razoabilidade e proporcionalidade, conforme se verifica no julgado de relatoria do Min. Ayres Brito:

“A insignificância penal expressa um necessário juízo de razoabilidade e proporcionalidade de condutas que, embora formalmente encaixadas no molde legal-punitivo, substancialmente escapam desse encaixe. E escapam desse molde simplesmente formal, como exigência mesma da própria justiça material enquanto valor ou bem coletivo que a nossa Constituição Federal prestigia desde o seu principiológico preâmbulo. Justiça como valor, a se concretizar mediante uma certa dosagem de razoabilidade e proporcionalidade na concretização dos valores da liberdade, igualdade, segurança, bem-estar, desenvolvimento, etc. Com o que ela, justiça, somente se realiza na medida em que os outros valores positivos se realizem por um modo peculiarmente razoável e proporcional. Tudo enlaçado por um modo sinérgico, no sentido de que o juízo de ponderabilidade implica o mais harmonioso emprego do pensamento e do sentimento do julgador na avaliação da conduta do agente em face do seu subjetivado histórico de vida e da objetividade da sua concreta conduta alegadamente delitiva. 4. É possível extrair do ordenamento jurídico brasileiro a premissa de que toda conduta penalmente típica só é penalmente típica porque significativa, de alguma forma, para a sociedade e para a própria vítima. Em tema de política criminal, a Constituição Federal pressupõe lesão significativa a interesses e valores (os chamados

⁵³ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Editora Martin Claret, 2006. p. 50.

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ *Ibidem*. p. 107.

“bens jurídicos”) por ela avaliados como dignos de proteção normativa.”⁵⁶

Fabio Bittencourt da Rosa afirma ainda em sua obra que a radicalização do Direito Penal é resultado de um Estado sem capacidade de combater a criminalização, mas que tal situação é inaceitável num Estado democrático de direito.⁵⁷ E ainda:

“Não é o Direito Penal que modifica a cultura; ele é o resultado dela. Impor penas para compensar a omissão na prevenção ao crime com medidas administrativas coerentes e eficazes é ignorar a subsidiariedade do direito punitivo.”⁵⁸

Assim, o Direito Penal não tem função de neutralizar os problemas da sociedade, daí a não aceitação dos agravamentos das sanções criminais, pois isso o desvirtuaria e também todos os seus princípios, visto que o Direito Penal não veio para “corrigir o que a vida cria”⁵⁹.

Os delitos “têm de ser limitados porque acabam por eliminar as garantias conquistadas pelo indivíduo contra o arbítrio do Estado”⁶⁰. E ainda, conforme o ensinamento de Luiz Regis Prado “O direito penal tem caráter sancionador meramente. Não resolve os problemas sociais, mas apenas neutraliza os efeitos danosos das condutas.”⁶¹

“A penalização das mínimas “bagatelas” (segundo o Direito penal), por outro lado, geraria males muito mais graves dos que os que tende evitar. Porque é evidente que nada favorece tanto a criminalidade como a penalização de qualquer injusto consistente em uma nimiedade. Ademais, a estigmatização que o próprio processo penal gera, o labor dos funcionários e empregados do Poder Judiciário avocados à investigação e análise destes fatos, o tempo e esforço empregado por aqueles que devem colaborar de outro modo com a Justiça (como é o caso das testemunhas ou dos peritos) e o custo econômico que a atividade judicial demanda, são tão só alguns

⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 109134/RS*. Rel. Min. Ayres Britto, Segunda Turma, julgado em 13 ago. 2011. Brasília, 01 mar. 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC+109134%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/pvj8dsc>>. Acesso em: 30 ago. 2013.

⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁸ *Ibidem*. p. 29.

⁵⁹ ROSA, Fabio Bittencourt da. *Direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Impetus, 2003. p. 29.

⁶⁰ *Ibidem*. p. 30.

⁶¹ PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral*, arts. 1º a 120. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. v.1. p. 125.

outros inconvenientes que demonstram a não necessidade do controle penal das insignificâncias e, particularmente da colocação em funcionamento da engrenagem judicial.”⁶²

Tal entendimento está ligado com o ensinamento de Nilo Batista, em seu livro ‘Introdução crítica ao direito penal brasileiro’, pois caso o direito penal sancione condutas irrelevantes, desnecessárias estará a colaborar com a criminalidade, e ao invés de o sistema penal se apresentar como igualitário, será seletivo; ao invés de ser justo, será repressivo; e ao invés de se mostrar comprometido, será tido como estigmatizante.⁶³

O sistema penal constituído pelas instituições judiciária, policial e prisional é considerado um sistema garantidor da ordem social justa, mas tal consideração fica apenas na abstração, visto que na realidade seu desempenho não é de tal forma.⁶⁴ Acerca disso afirma Nilo Batista:

“O sistema penal é apresentado como igualitário, atingindo igualmente as pessoas em função de suas condutas, quando na verdade seu funcionamento é seletivo, atingindo apenas determinadas pessoas, integrantes de determinados grupos sociais, a pretextos de suas condutas [...]. O sistema penal é também apresentado como justo, na medida em que buscaria prevenir o delito, restringindo sua intervenção aos limites da necessidade – quando de fato seu desempenho é repressivo, seja pela frustração de suas linhas preventivas, seja pela incapacidade de regular a intensidade das respostas penais, legais ou ilegais. Por fim, o sistema penal se apresenta comprometido com a proteção da dignidade humana [...] – quando na verdade é estigmatizante, promovendo uma degradação na figura social de sua clientela.”⁶⁵

Ainda segundo Nilo Batista, uma pesquisa realizada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos na América Latina, cujo diretor fora Zaffaroni, foi registrado que a seletividade, a estigmatização e a repressividade são características próprias do sistema penal brasileiro. Tal informação traz à tona que na realidade o sistema penal da forma como vem desempenhando suas atividades

⁶² GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 83.

⁶³ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

⁶⁴ *Ibidem*.

⁶⁵ *Ibidem*. p. 25-26.

não tem alcançado o seu objetivo principal, a prevenção do crime de forma a garantir a dignidade da pessoa humana.⁶⁶

1.2 REQUISITOS DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

Em razão do princípio da insignificância não possuir respaldo legal, se mostra difícil a fixação de uma base para a sua aplicação, de seus critérios de razoabilidade. Contudo, esse trabalho vem sendo feito pela jurisprudência e doutrina, apesar de não ter um entendimento pacífico até os dias de hoje.⁶⁷

Atualmente, segundo Luiz Flávio Gomes, e conforme a teoria constitucionalista do delito “o fato, para ser materialmente típico, do ponto de vista penal (e constitucional), pressupõe ainda outra dimensão (além da fática): a material-normativa.” Assim, a tipicidade penal exige a tipicidade formal-objetiva, qual seja a subsunção do fato à norma, e também a tipicidade material, lesão efetiva a um bem jurídico protegido, em caso de crime material, ou perigo concreto à lesão, em caso de crime de perigo. E acrescenta que nos crimes dolosos ainda é necessária a imputação subjetiva, qual seja o dolo do agente.⁶⁸

O delito bagatelar aparentemente contém todas as características de um crime, possuindo tipicidade, ilicitude e culpabilidade.⁶⁹ Contudo, a tipicidade não se esgota apenas na adequação do fato a um tipo descrito em lei, ou seja, na tipicidade formal; pois, a tipicidade penal engloba a tipicidade formal juntamente com a tipicidade material. Dessa forma, mister se faz a incidência da tipicidade formal e da tipicidade material para a configuração de um delito.⁷⁰

Para a configuração da tipicidade formal se faz necessária a concretização de uma conduta exatamente descrita em lei, mais precisamente com a realização do núcleo do tipo penal, normalmente tipificada por um verbo. Para exemplificar a atipicidade formal de uma conduta, ou seja, a não ocorrência de uma ação essencial

⁶⁶ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

⁶⁷ GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

⁶⁸ *Idem*. Requisitos da tipicidade consoante a teoria constitucionalista do delito. *Revista IOB Direito penal e processual penal*, v. 7, n. 37, p. 32-34, abr./maio, 2006.

⁶⁹ *Ibidem*.

⁷⁰ *Idem*. *Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

para a configuração do delito, Luiz Flávio Gomes cita a situação em que o fato de alguém subtrair um objeto por um momento e logo após restituí-la sem danificá-la, não constitui o crime de furto descrito no art. 155 do Código Penal, visto que o agente não teve a intenção de subtrair o objeto para si ou para outrem, como descreve o artigo. Assim, não há que se falar em tipicidade formal quando não há perfeita adequação do fato à norma.⁷¹

Enquanto que para que esteja presente a tipicidade material em determinado fato, se faz necessário que este tenha causado uma lesão com gravidade considerável ao bem jurídico protegido para que então possa justificar a aplicação do direito penal ao caso concreto. Pois, a ausência dessa lesão significativa, relevante, que mereça reprovação pelo direito penal, ensejará a configuração da atipicidade material, ou seja, o fato será atípico em razão da carência de um requisito da tipicidade penal⁷². Nesse sentido é o ensinamento de Cezar Bitencourt:

“A tipicidade penal exige uma ofensa de alguma gravidade aos bens jurídicos protegidos, pois nem sempre qualquer ofensa a esses bens ou interesses é suficiente para configurar o injusto típico. [...] Amiúde, condutas que se amoldam a determinado tipo penal, sob o ponto de vista formal, não apresentam nenhuma *relevância material*. Nessas circunstâncias, pode-se afastar liminarmente a tipicidade penal porque em verdade o bem jurídico não chegou a ser lesado.”⁷³

Dessa forma, a atipicidade material (ausência de lesividade a um bem jurídico com certo grau de reprovabilidade) é um requisito para a aplicação do princípio da insignificância ou delito bagatela caracterizada pela excludente de tipicidade material, o que torna o fato atípico e afasta a incidência do Direito Penal.⁷⁴

Segundo o professor Cristiano Rodrigues⁷⁵ e alguns magistrados⁷⁶ o princípio da insignificância está diretamente ligado à tipicidade conglobante, em que esta

⁷¹ GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

⁷² BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*, 1. São Paulo: Saraiva, 2013.

⁷³ *Ibidem*. p. 60.

⁷⁴ *Ibidem*.

⁷⁵ RODRIGUES, Cristiano. *Temas controvertidos de direito penal*. São Paulo: Método, 2010.

⁷⁶ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. *Acórdão 602.030*. Rel. Desembargador Silvano Barbosa dos Santos, Segunda Turma, julgado em 28 jun. 2013. Brasília, 07 jul. 2012. Disponível em: <<http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?internet=1&visaoid=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&argumentoDePesquisa=602.030+&tokenDePaginacao=1&camposSelecioneados=Espelho&ti>>

última é composta por dois elementos: a antinormatividade e a tipicidade material, daí o nome conglobante, visto que engloba dois elementos constitutivos. Assim, para um fato ser típico não bastaria a tipicidade formal, mas também a antinormatividade e a tipicidade material⁷⁷.

Segundo Cristiano Rodrigues a antinormatividade é aquela conduta contrária ao ordenamento jurídico, senão vejamos:

“A chamada Antinormatividade é uma característica inerente a toda conduta em desacordo com aquilo que o ordenamento jurídico deseja, estimula e determina através de suas normas, logo, uma conduta antinormativa é mais do que simplesmente proibida, contrária às normas jurídicas (antijurídica), é contrária àquilo que o ordenamento jurídico autoriza, fomenta e espera dos seus cidadãos.”⁷⁸

A diferença existente entre o antinormativo e o antijurídico é que neste último apesar de o fato não ser autorizado pela norma, ou seja, ser proibido existem situações em que este fato será autorizado, como por exemplo, nas excludentes de ilicitude, em que o fato apesar de típico não será ilícito. Já na antinormatividade o fato típico não pode ser autorizado em certas situações por outra norma, ou seja, se a conduta é fomentada, proibida não poderá ser permitida.

Com relação ao segundo elemento da tipicidade conglobante, a tipicidade material exige a efetiva lesão ao bem protegido conforme já salientado.

A teoria da tipicidade conglobante é utilizada por alguns magistrados, como se pode verificar no acórdão 602.020 do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios:

“Comungo do entendimento segundo o qual a condenação penal pressupõe a **tipicidade conglobante** - fundada na conduta antinormativa e materialmente típica do agente. Assim, para que a conduta do autor amolde-se ao tipo penal é preciso que haja relevância do bem jurídico protegido; não havendo falar em

poDeData=DataPublicacao&idDoUsuarioDaSessao=&quantidadeDeRegistros=20&visaoAnterior=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&skin=&nomeDaPagina=buscaLivre&controladorId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.ControladorBuscaAcordao&tipoDeRelator=Relator&enderecoDoServlet=sistj&comando=pesquisar&COMMAND=ok&baseDados=BASE_ACORDAOS&baseDados=BASE_HISTORICA&baseDados=TURMAS_RECURSAIS&baseDados=SUMULAS&tipoDeNumero=NumAcordao>. Acesso em: 27 ago. 2013.

⁷⁷ RODRIGUES, Cristiano. *Temas controvertidos de direito penal*. São Paulo: Método, 2010.

⁷⁸ *Ibidem*. p. 42.

adequação quando o prejuízo ao bem jurídico tutelado é considerado inexpressivo.”⁷⁹

No crime bagatelar, ensejador do princípio da insignificância, não há a tipicidade material, apesar de possuir os elementos formais de algum tipo penal, quais sejam, conduta, resultado naturalístico, nexos de causalidade e adequação do fato ao tipo legal. Dessa forma, em razão da ausência de um requisito fundamental, incidirá no princípio da insignificância a excludente de tipicidade, tendo em vista que estes elementos do fato típico são apenas formais, e não o suficiente para a caracterização de crime, ainda é necessário o elemento material.⁸⁰

“O fato insignificante (em razão da exiguidade penal da conduta ou do resultado) é formalmente típico, mas não materialmente. Importante recordar, por conseguinte, que a tipicidade formal (composta da conduta, resultado naturalístico, nexos de causalidade e adequação do fato à letra da lei) já não esgota toda a globalidade da tipicidade penal, que ainda requer a dimensão material (que compreende dois juízos distintos: de desaprovação da conduta e de desaprovação do resultado jurídico).”⁸¹

Assim, conforme o entendimento de Luiz Flávio Gomes, tem-se que, para que seja caracterizada a tipicidade penal, ou seja, para que seja possível a punição do infrator do ordenamento jurídico penal com as sanções previstas no preceito secundário do tipo e mediante o devido processo legal, respeitando todos os direitos fundamentais do acusado, é mister a incidência tanto da tipicidade formal quanto da tipicidade material. Dessa forma, quando presente apenas a tipicidade formal dá-se

⁷⁹ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. *Acórdão 602.030*. Rel. Desembargador Silvano Barbosa dos Santos, Segunda Turma, julgado em 28 jun. 2013. Brasília, 07 jul. 2012. Disponível em: <http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?internet=1&visaoid=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&argumentoDePesquisa=602.030+&tokenDePaginacao=1&camposSelecioneados=Espelho&tipoDeData=DataPublicacao&idDoUsuarioDaSessao=&quantidadeDeRegistros=20&visaoAnterior=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&skin=&nomeDaPagina=buscaLivre&controladorId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.ControladorBuscaAcordao&tipoDeRelator=Relator&enderecoDoServlet=sistj&comando=pesquisar&COMMAND=ok&baseDados=BASE_ACORDAOS&baseDados=BASE_HISTORICA&baseDados=TURMAS_RECURSAIS&baseDados=SUMULAS&tipoDeNumero=NumAcordao>. Acesso em: 27 ago. 2013.

⁸⁰ GOMES, Luiz Flávio *Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

⁸¹ *Ibidem*. p. 73-74.

margem à aplicação do princípio da insignificância em razão da irrelevância penal do fato.⁸²

“A tipicidade de um comportamento proibido é enriquecida pelo *desvalor da ação* e pelo *desvalor do resultado*, lesando efetivamente o bem juridicamente protegido, constituindo o que se chama de *tipicidade material*. Donde se conclui que o comportamento que se amolda a determinada descrição típica formal, porém, materialmente irrelevante, adequando-se ao *socialmente permitido* ou tolerado, não realiza materialmente a descrição típica.”⁸³

Não se requer unicamente a adequação do fato à norma, mas também se faz mister a ofensa ao bem jurídico tutelado.⁸⁴

“Nesse âmbito, tem-se a aplicação do princípio da insignificância em matéria penal, o qual decorre da concepção utilitarista que se vislumbra, modernamente, nas estruturas típicas do Direito Penal, e que exige, para a composição do tipo penal, não apenas aspectos formais, mas também, e essencialmente, elementos objetivos que levem à percepção da utilidade e da justiça da imposição da pena criminal ao agente. Ou seja, não basta para o preenchimento da figura a mera acomodação formal de seus termos.”⁸⁵

Desse modo, diante de um fato apenas formalmente típico, não se mostra justo o prosseguimento da ação penal. Caso ocorra, por exemplo, a condenação do agente que praticou um fato insignificante, o juiz estará atendendo apenas à prescrição legal. Contudo, o juiz deve analisar também a relevância do fato, pois “não se pode chamar ‘segurança jurídica’ a uma aplicação mecânica e exegética da lei penal, que ao invés de ser republicana (isto é, racional), se transforma em irracional”. A vontade de punir não pode se sobrepor à segurança jurídica, devendo-se para tanto obedecer a finalidade e o sentido da norma.⁸⁶

⁸² GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

⁸³ ROSA, Fabio Bittencourt da. *Direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Impetus, 2003. p. 122.

⁸⁴ *Ibidem*.

⁸⁵ *Ibidem*. p. 126.

⁸⁶ GOMES, Luiz Flávio. *op. cit.* p.86-87.

O juiz não pode “ser um mero instrumento cego de aplicação da lei”, a ele é dada uma função mais ampla do que a observância da prescrição legal, também função de analisar a relevância do comportamento praticado frente à sociedade.⁸⁷

Sobre isso também afirma Fabio Bittencourt da Rosa:

“O juiz não é um simples aplicador da lei, mas seu intérprete atento, tendo por missão adaptá-la ao mundo dos fatos, coisa que o legislador não pode fazer ao editar normas gerais e abstratas”⁸⁸.

Ainda é possível a insignificância, ou a irrelevância estar presente na conduta praticada ou no resultado causado, ou até mesmo na conduta e no resultado. Em todos esses casos poderá ser aplicado o princípio da insignificância.⁸⁹

Exemplos que se pode destacar:

“Uma coisa é alguém arremessar uma bolinha de papel contra um transporte coletivo (CP, art. 264) e outra distinta é subtrair uma cebola ou um palito de fósforo de alguém (CP, art. 155). O desvalor da ação no primeiro caso é absolutamente nímio. A conduta não conta com periculosidade. Falta-se idoneidade. Já o desvalor da ação na subtração é muito grande, pequeno, no caso, é o desvalor do resultado. Há um terceiro grupo onde podemos constatar ambos os desvalores (é o caso de um acidente de trânsito com culpa levíssima e lesão corporal nímia)”⁹⁰.

Até mesmo em se tratando de uma tentativa de lesão ao bem jurídico, o agente não deve incidir às sanções penais se sua tentativa não for significativa.⁹¹

“Assim, se resulta indiscutível que todo ilícito penal deve tender a afetar um bem jurídico, não é menos certo que qualquer tentativa de afetação não é suficiente para legitimar a ingerência do Estado no âmbito penal, senão que, entre outras limitações, se deve tratar de uma tentativa de afetação de certa relevância”⁹².

Dessa forma, para a configuração da tipicidade penal deve-se estar presentes a tipicidade formal (adequação do fato à norma) e a tipicidade material (relevância jurídica da conduta ou resultado jurídico). E, a ausência da tipicidade

⁸⁷ GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p.83.

⁸⁸ ROSA, Fabio Bittencourt da. *Direito penal*: parte geral. Rio de Janeiro: Impetus, 2003. p. 126.

⁸⁹ *Ibidem*.

⁹⁰ *Ibidem*. p. 77.

⁹¹ *Ibidem*.

⁹² *Ibidem*. p. 82.

material ou formal traz uma excludente de tipicidade, e por esta razão o agente não poderá ser punido penalmente por faltar um pressuposto essencial.

Infere-se que a atipicidade material é um requisito para a aplicação do princípio da insignificância, pois “a conduta que não produzir lesão que justifique a apenação é indiferente ao Direito Penal”⁹³.

Segundo a jurisprudência do STJ também há uma diferença importante entre “pequeno valor” e “valor insignificante”, e por consequência somente este último dá ensejo à aplicação do princípio da bagatela. E assim, explicita:

“No caso do furto, não se pode confundir bem de **pequeno valor** com de **valor insignificante**. Este, necessariamente, exclui o crime em face da ausência de ofensa ao bem jurídico tutelado, aplicando-se-lhe o **princípio da insignificância**. Aquele, eventualmente, pode caracterizar o privilégio inculcado no § 2º do art. 155 do Código Penal, já prevendo a Lei Penal a possibilidade de pena mais branda, compatível com a gravidade da conduta. [...] É admissível a incidência da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 155, § 2.º, do Código Penal ao furto qualificado, desde que as qualificadoras sejam de índole objetiva.”⁹⁴

Não obstante a possibilidade de pena mais branda ao furto de pequeno valor, essa diminuição só é aplicada aos primários conforme o art. 155, parágrafo 2º do Código Penal.⁹⁵

Desse modo, apenas o valor insignificante resulta no princípio da insignificância em razão da falta de tipicidade material. Já o pequeno valor pode ser uma causa de diminuição de pena.⁹⁶

Assim, se presente a tipicidade formal, mas não presente a tipicidade material, ou relevância jurídica da conduta praticada, faz-se necessária a aplicação

⁹³ ROSA, Fabio Bittencourt da. *Direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Impetus, 2003. p. 122.

⁹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 238998 / SP. Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 21 mar. 2013. Brasília, 02 abr. 2013. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?newsession=yes&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&livre=hc%20238998>. Acesso em 21 jun. 2013.

⁹⁵ BRASIL. *Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Rio de Janeiro. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 15 maio 2013.

⁹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 238998 / SP. Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 21 mar. 2013. Brasília, 02 abr. 2013. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?newsession=yes&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&livre=HC%20238998>. Acesso em 21 jun. 2013.

do princípio da insignificância,⁹⁷ sob pena de resultar num acúmulo de processos ao Poder Judiciário, e que dificulta a eficácia da prestação jurisdicional, e ainda uma possível margem de impunidade.⁹⁸ Além disso, “a persecução penal, nesse caso, importaria gastos desnecessários e faria com que acontecimentos socialmente mais relevantes perdessem espaço nos tribunais”.⁹⁹

Por estas razões se faz importante a aplicação do princípio da insignificância sempre que houver um fato que apesar de ser crime, seja insignificante, e seja desnecessária a continuação de uma ação penal, em razão de ser sabido que as penas do direito penal são demasiado severas para punir um fato irrelevante juridicamente.

1.3 EFEITOS JURÍDICOS DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

Como já explicitado anteriormente, o princípio da insignificância é causa de exclusão da tipicidade, razão em que deixará de ser crime tendo em vista a ausência de um elemento indispensável, qual seja a tipicidade material. E não poderia ser de outro modo, visto que diante de um fato insignificante, a conduta praticada não tem relevância, em razão de sua nimiedade, pouca relevância.¹⁰⁰

“Ante o princípio da insignificância, mínimas ofensas aos bens jurídicos não justificam a incidência do direito penal, sendo que este se mostra desproporcionado ao castigar fatos de importância manifestamente risível, como o furto de alguns tomates, de alguns melões, ou, ainda, de “algumas abóboras”.¹⁰¹

Casos insignificantes não merecem proteção do Estado, principalmente nos dias atuais quando se tem um acúmulo de trabalho no poder judiciário. Este acúmulo se verifica tendo em vista que segundo o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), no portal “Justiça em Números” aponta que só no ano de 2011, ocorreram 18.594 casos novos de conhecimento no 1º grau em matéria criminal. Este número se refere

⁹⁷ GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade*. 2. ed. São Paulo Revista dos Tribunais, 2010.

⁹⁸ ROSA, Fabio Bittencourt da. *Direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Impetus, 2003.

⁹⁹ *Ibidem*. p. 130.

¹⁰⁰ GOMES, Luiz Flávio. *op.cit.*

¹⁰¹ BRUTTI, Roger Spode. O princípio da insignificância frente ao poder discricionário do delegado de polícia. *Revista IOB de Direito penal e processo penal*, ano 7, n.41, p. 7-27, dez./jan. 2007. p. 10.

apenas ao Distrito Federal. Já considerando a justiça estadual verifica-se 1.541.536 casos novos de conhecimento no 1º grau também em matéria criminal.

De acordo com esses dados observa-se o grande número de processos criminais existentes no poder judiciário¹⁰², e o não reconhecimento do princípio da insignificância - que está relacionado a fatos que em razão da sua inexpressividade não merecem atenção do Direito Penal - está a colaborar com acúmulo do trabalho do Judiciário¹⁰³. Caso o princípio da insignificância seja reconhecido antes mesmo do início da ação penal, quer dizer pelo promotor de justiça com o requerimento de arquivamento do inquérito ou até mesmo reconhecido pelo magistrado com a absolvição sumária do acusado, não há dúvidas de que o número de processos criminais será menor que o existente, e por consequência evitará até mesmo a discussão do princípio da insignificância nos tribunais superiores.¹⁰⁴

E, havendo a penalização aos agentes que cometeram um ilícito penal insignificante, ao invés de coibir a prática desses delitos, os agentes se tornariam mais revoltados.¹⁰⁵

“Aí é que surge a importância da análise do princípio da insignificância, direcionado ao operador do direito e fundamentado na ideia de proporção que a pena deve conter em relação à gravidade do ilícito penal. Nos casos de ínfimo abalo ao bem jurídico, a substância do injusto é tão pequenina que não subsiste nenhum porquê à aplicação de pena, de modo que a mínima sanção penal

¹⁰² CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números*. Brasília, 2013. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisasjudiciarias/Publicacoes/rel_completo_estadual.pdf>. Acesso em: 15 maio 2013.

¹⁰³ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. *Acórdão nº391.691*. Rel. Desembargador Edson Alfredo Smaniotto, Primeira Turma, julgado em 22 out. 2009. Brasília, 11 jan. 2010. Disponível em: <http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?tipoDeNumero=NumAcordao&tokenDePaginacao=1&COMMAND=ok&skin=&comando=pesquisar&idDoUsuarioDaSessao=&visaoid=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.o.VisaoBuscaAcordao&controladorId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.ControladorBuscaAcordao&visaoAnterior=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&baseDados=BASE_ACORDAOS&baseDados=BASE_HISTORICA&baseDados=TURMAS_RECURSAIS&baseDados=SUMULAS&tipoDeRelator=Relator&argumentoDePesquisa=391.691&nomeDaPagina=buscaLivre&internet=1&camposSelecionados=Espelho&tipoDeData=DataPublicacao&quantidadeDeRegistros=20&endereçoDoServlet=sistj>. Acesso em 23 set. 2013.

¹⁰⁴ GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

¹⁰⁵ *Ibidem*.

seria patentemente desproporcional à real significância material do episódio.”¹⁰⁶

Entretanto, ao analisar o caso concreto se faz necessário muita cautela do intérprete, pois a intenção do princípio da insignificância é atingir apenas aqueles comportamentos ilícitos realmente ínfimos, sem nenhuma relevância. Tal cautela é muito importante para que não gere em algumas condutas relevantes a impunidade, quer dizer para que não se aplique erroneamente o princípio da insignificância em situações relevantes, com juízo de desaprovação do fato e do resultado¹⁰⁷. E a finalidade do referido princípio, ao contrário do que pensam alguns, não é a impunidade, mas sim uma garantia do dever do direito penal.¹⁰⁸

Desse modo, se o delegado prende o infrator de um fato insignificante, posteriormente o juiz não poderá manter a prisão e a relaxará imediatamente, por ser um fato atípico. Ou seja, apesar de tipicamente formal, não tipicamente material.¹⁰⁹

“Se bem é certo, e verdadeiramente provável, que em infrações materialmente atípicas, devido à insignificância da ofensa ao bem jurídico tutelado, o relaxamento da prisão ocorrerá inexoravelmente, percebe-se que aquele primeiro ato (prisão) levado a cabo pela Polícia Judiciária indistintamente, tanto em relação aos crimes graves como em relação aos materialmente atípicos, é tratar de forma igual situações absolutamente desiguais.”¹¹⁰

Apesar de certo que o princípio da insignificância tem fundamento na ausência de tipicidade, ainda há alguns posicionamentos no sentido de também incluir como requisito da aplicação do princípio não só os aspectos objetivos, tipicidade formal e atipicidade material, mas também aspectos subjetivos, ou seja, condições do agente.¹¹¹

“[...] vem se notando, modernamente, o surgimento de forte corrente jurisprudencial pretendendo alterar o foco de sua análise, apreciando

¹⁰⁶ BRUTTI, Roger Spode. O princípio da insignificância frente ao poder discricionário do delegado de polícia. *Revista IOB de Direito penal e processo penal*, ano 7, n.41, p.7-27, dez./jan. 2007.p. 12.

¹⁰⁷ *Ibidem*. p. 13.

¹⁰⁸ *Ibidem*.

¹⁰⁹ *Ibidem*.

¹¹⁰ *Ibidem*. p. 20.

¹¹¹ BARBOSA JÚNIOR, Salvador José. *et al.* Breves anotações do princípio da insignificância. *Revista IOB de Direito penal e processo penal*, ano 7, n.41, p. 28-41, dez./jan. 2007.

o princípio com vistas em circunstâncias alheias ao conceito de tipo, o que dificulta sobremaneira a admissão desse importante vetor interpretativo e limitador do arbítrio estatal.”¹¹²

Salvador José Barbosa Júnior e outros entendem que a vida pregressa do agente não impede a incidência do princípio da insignificância, dado que o fato praticado é atípico. Assim, não é aceitável, portanto, a análise das circunstâncias do art. 59 do CP, tais como o comportamento, antecedentes do agente.¹¹³

“[...] Luiz Luisi bem anotou que “é por demais sabido que, se inexistente a tipicidade, as circunstâncias presentes no contexto fático, e a vida pregressa do indiciado, não tem o condão de dar matiz criminal a um fato. Uma lesão insignificante a um bem jurídico, mesmo que seja de autoria de um celerado, reincidente na prática dos mais graves delitos, não faz com que ao mesmo se possa atribuir a prática do crime. A vida pregressa, os antecedentes, por mais ‘hediondos’ que sejam, não podem levar à tipificação criminal de uma conduta, que, por ter causado insignificante dano a um bem jurídico tutelado, não lhe causou uma lesão relevante [...]”¹¹⁴

Mesmo diante de um fato atípico fundamentado na sua irrelevância penal, e ainda com circunstâncias (art. 59 do CP) desfavoráveis ao agente, como antecedentes criminais em crimes até mais graves, não há impedimento da aplicação do princípio, visto que estas circunstâncias apenas são levadas em conta na dosimetria da pena, e não para averiguar a tipicidade ou não do fato.¹¹⁵

“[...] é inadmissível, no atual estágio da dogmática penal, aceitar a alegação de inaplicabilidade do princípio da insignificância porque o autor da conduta ostenta desfavoráveis circunstâncias judiciais. Ora, se o crime é conceituado como fato típico, antijurídico e culpável, verificada a insignificância da lesão ou ameaça de ofensa ao bem jurídico tutelado, já na primeira etapa de interpretação do fato deve-se afastá-lo da seara criminal, porquanto não se vislumbra adequação típica da conduta.”¹¹⁶

Há quem diferencie ainda o crime de dano e o crime de perigo frente ao princípio da insignificância, relacionando a possibilidade de sua incidência ou não. O

¹¹² BARBOSA JÚNIOR, Salvador José. *et al.* Breves anotações do princípio da insignificância. *Revista IOB de Direito penal e processo penal*, ano 7, n.41, p. 28-41, dez./jan. 2007. p. 30.

¹¹³ *Ibidem.*

¹¹⁴ LUISI, Luiz. O princípio da insignificância e o pretório excelso. *Boletim IBCCRIM*. Jurisprudência. São Paulo, v.6, n. 63, fev. 1998 *apud* BARBOSA JÚNIOR, Salvador José. *et al.* Breves anotações do princípio da insignificância. *Revista IOB de Direito penal e processo penal*, ano 7, n.41, dez./jan. 2007. p. 30-31.

¹¹⁵ BARBOSA JÚNIOR, Salvador José. *et al. op. cit.*

¹¹⁶ *Ibidem.* p. 40.

crime de dano ocorre quando a conduta praticada gerou uma lesão real ao bem jurídico tutelado. Já no crime de perigo, não ocorreu uma efetiva lesão, mas apenas uma ameaça à lesão.¹¹⁷

“[...] o crime pode ser de dano ou de perigo. Os crimes de dano ou de lesão são aqueles que só se consumam com a real e efetiva ofensa ao bem jurídico protegido pela norma penal: o homicídio, o furto e outros. Em outras palavras: nesses delitos, a ação ou a omissão causa resultado perceptível, palpável, no mundo fático. Já os crimes de perigo são conceituados como aqueles que se contentam com a mera probabilidade, possibilidade, de efetivação do dano. Subdividem-se em perigo abstrato e perigo concreto.”¹¹⁸

É mais natural encontrar a incidência do princípio da insignificância em crimes de dano, quando a conduta ou o resultado são irrelevantes. Já quanto ao crime de perigo há quem não aceite a aplicação do princípio, pois basta a possibilidade do dano para a consumação do crime, logo coloca em risco a sociedade. No entanto, esse entendimento não é aceitável, no ponto de vista de Salvador José Barbosa Junior, haja vista que há uma presunção de perigo.¹¹⁹ E assim completa:

“Com efeito, “uma objeção a fazer aos crimes de perigo abstrato é que, ao se presumir, prévia e abstratamente, o perigo, resulta que, em última análise, perigo não existe, de modo que se acaba por criminalizar a simples atividade, afrontando-se o princípio da lesividade, bem assim o caráter de *extrema ratio* (subsidiário) do direito penal.”¹²⁰

Por todas as razões acima expostas, e de acordo com o ensinamento de Luiz Flávio Gomes, diante de uma infração bagatelar o mais correto é pedir o arquivamento do inquérito policial, com fundamento no princípio da insignificância, ou seja, atipicidade da conduta.¹²¹ Ou havendo a denúncia, o juiz deve absolver sumariamente o acusado com base no mesmo fundamento, pois não há relevância para a continuidade da ação penal, sabendo que o caso só traz acúmulo ao trabalho

¹¹⁷ BARBOSA JÚNIOR, Salvador José. *et al.* Breves anotações do princípio da insignificância. *Revista IOB de Direito penal e processo penal*, ano 7, n.41, p. 28-41, dez./jan. 2007.

¹¹⁸ *Ibidem.* p. 35.

¹¹⁹ *Ibidem.*

¹²⁰ *Ibidem.* p. 35.

¹²¹ GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

do judiciário, que na verdade deve se preocupar com causas realmente relevantes, de intensa gravidade.¹²²

E, se mesmo diante da causa de exclusão da tipicidade, o Ministério Público não pedir o arquivamento da denúncia, o Juiz não absolver sumariamente o acusado “CPP, art. 397, III: se o fato narrado evidentemente não constitui crime”, ainda assim é possível a impetração do Habeas Corpus para trancamento da ação penal.¹²³

Não há razão para o prosseguimento da ação, haja vista que diante de um comportamento ínfimo, sem relevância, qualquer pena que seja aplicada será desproporcional ao fato, e punirá o agente além do necessário. Ferirá não só o princípio da insignificância como também todos os seus consectários.¹²⁴

1.4. PROPOSTA DE INCLUSÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO NOVO CÓDIGO PENAL (PLS 236/2012)

Apesar do princípio da insignificância não estar previsto no Código Penal, mas ser apenas uma construção jurisprudencial e doutrinária existe uma proposta de inclusão desse princípio, em razão de sua crescente incidência no mundo jurídico¹²⁵.

Afirma o Ministro do Superior Tribunal de Justiça Og Fernandes em uma entrevista àquele tribunal: “Difícil presenciar alguma sessão de julgamento das Turmas criminais que não examine essa matéria”.¹²⁶ Fato este que demonstra um aumento considerável de recursos com fundamento no princípio da bagatela.

O Ministro Og Fernandes considera esse grande número de incidência por um lado benéfico, e por outro a necessidade de maior cautela, ao afirmar:

¹²² GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

¹²³ *Ibidem*. p. 27.

¹²⁴ BRUTTI, Roger Spode. O princípio da insignificância frente ao poder discricionário do delegado de polícia. *Revista IOB de Direito penal e processo penal*, ano 7, n.41, p. 7-27, dez./jan. 2007.

¹²⁵ BARBOSA JÚNIOR, Salvador José. et al. Breves anotações do princípio da insignificância. *Revista IOB de Direito penal e processo penal*, ano 7, n.41, p. 28-41, dez./jan. 2007.

¹²⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Aplicação do princípio da insignificância ainda desafia ministros do STJ*. Brasília, 12 maio 2013. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=109585>. Acesso em 17 maio 2013.

“Ele considera isso benéfico, por um lado, “pois resultará inevitavelmente em um amadurecimento sobre os institutos penais, deixando a prisão e a persecução criminal para as hipóteses realmente necessárias”. De outro lado, entretanto, o ministro defende que é preciso tomar cuidado: “Estamos bem atentos para que o princípio não caia em aviltamento e descrédito”.¹²⁷

Essa ocorrência cotidiana de ações em que há a discussão do princípio da insignificância se dá em razão de não se ter um entendimento pacífico acerca dos requisitos necessários à sua aplicação, mais precisamente se são necessários não só requisitos objetivos, mas também subjetivos, como também o que deve ser considerado insignificante do ponto de vista jurídico, e quais critérios precisam ser preenchidos.

Por conta dessa divergência surgiu uma proposta de inclusão do Princípio da Insignificância no novo Código Penal. Assim, o princípio em comento foi inserido no Projeto de Lei do Senado (PLS) Nº 236 de 2012.

Inicialmente há que se considerar que a atualização do Código Penal se deu em virtude de o atual ser de 1940, ou seja, já considerado arcaico ao Estado Democrático de Direito moderno que temos hoje.¹²⁸

No anteprojeto apresentado o princípio da insignificância está descrito no art. 28 do qual trata da “Exclusão do fato criminoso” em seu parágrafo 1º que dispõe da seguinte forma:

“Também não haverá fato criminoso quando cumulativamente se verificarem as seguintes condições:

- a) mínima ofensividade da conduta do agente;
- b) reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento;
- c) inexpressividade da lesão jurídica provocada.¹²⁹”

¹²⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Aplicação do princípio da insignificância ainda desafia ministros do STJ*. Brasília, 12 maio 2013. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=109585>. Acesso em 17 maio 2013.

¹²⁸ SENADO FEDERAL. Senador José Sarney. Atividade legislativa. *Projeto de lei do senado 2362012*. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/113006.pdf>>. Acesso em 17 maio 2013.

¹²⁹ *Ibidem*.

Também se colocou em discussão, a inserção da diferenciação do furto e do pequeno valor, como sugestão do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, por meio dos servidores e membros do Ministério Público, representados pelo promotor de justiça André Luís Alves de Melo em seu ofício nº 111/2012/PJ:

“Importante a lei definir o que seria pequeno valor, pois caso contrário o réu vai ficar preso toda a instrução para apenas ao final do processo ver se é pequeno valor ou não. Em geral, tem se usado o critério de até 01 salário-mínimo.¹³⁰”

Outrora, na Comissão Especial Interna do Senado Federal, em ata da 8ª reunião realizada em 14 de março de 2013, Sr. Promotor de Justiça Rogério Sanches Cunha demonstrou sob o seu ponto de vista a importância da posituação do princípio da insignificância.¹³¹

O primeiro ponto importante levantado pelo promotor foi em razão de ainda existir juízes que não aplicam o princípio da insignificância, embora o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal o apliquem, mas com a condição de preenchimento de requisitos.¹³²

Outro ponto que o promotor coloca como relevante para a posituação do princípio é em razão de que este iria ajudar os promotores em seus trabalhos e em razão deste postulado em alguns casos se tornar “um direito penal de elite”.

E para isso explicita uma situação concreta em que vivenciou, segundo o qual uma senhora teve sua blusa de frio subtraída, e que esta foi até a promotoria se informar sobre o andamento do inquérito, e ao consultá-lo verificou que um promotor havia pedido o arquivamento em razão do princípio da insignificância. E a senhora na situação se manifestou dizendo: “Olha, é insignificante para vocês, para mim não é”.¹³³

¹³⁰ SENADO FEDERAL. Senador José Sarney. Atividade legislativa. *Projeto de lei do senado 2362012*. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=113348&tp=1>> Acesso em 17 maio 2013.

¹³¹ *Ibidem*.

¹³² *Ibidem*.

¹³³ *Ibidem*. p. 19-20.

Dessa forma, afirma o promotor Rogério Sanches Cunha, que é importante a positivação do princípio da insignificância, e que a discussão deveria versar sobre quais requisitos seriam necessários, incluindo a possibilidade de aplicação ou não do princípio para o reincidente.¹³⁴

1.5. CRÍTICA AO PLS 236/2012

Acerca da inserção do princípio da insignificância no novo Código Penal, Adel El Tasse fez uma análise crítica da parte geral do anteprojeto, sendo interessante mencionar neste trabalho a parte referente apenas ao princípio em comento.¹³⁵

O autor fez referência à uma confusão do legislador acerca dos elementos constitutivos do crime.

Afirma que o princípio da insignificância está ligado à excludente de tipicidade penal, mas que não há de forma taxativa quais são os requisitos necessários para que seja afastada a tipicidade. E que o anteprojeto define os requisitos baseado exclusivamente em julgados do Superior Tribunal de Justiça, visto que, os requisitos fixados não estão de acordo com o entendimento do Supremo Tribunal Federal.¹³⁶

“Os requisitos arrolados para aplicação do princípio da insignificância constam de precedentes de Tribunal Superior, porém não incorporados pela Corte Máxima e mais por esta rechaçados em vários precedentes, o que causa estranheza na atividade legislativa por parecer tentativa de imposição do posicionamento de um órgão do Judiciário ao Tribunal Máximo do País pela via da atividade legislativa, realidade esta que em um regime democrática é absolutamente inaceitável merece profundo repúdio, por caracterizar-se claramente como autoritária.”¹³⁷

¹³⁴ SENADO FEDERAL. Senador José Sarney. Atividade legislativa. *Projeto de lei do senado 2362012*. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=113348&tp=1>> Acesso em 17 maio 2013.

¹³⁵ SENADO FEDERAL. Senador José Sarney. Atividade legislativa. *Projeto de lei do senado 2362012*. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=114442&tp=1>>. Acesso em 20 maio 2013.

¹³⁶ *Ibidem*.

¹³⁷ *Ibidem*.

Por fim, Adel El Tasse afirma que os requisitos do princípio da insignificância não podem ser estabelecidos taxativamente, visto que são resultados de “mutações sociais”. E, se caso estabelecido hoje, futuramente não estarão de acordo com as novas realidades sociais.¹³⁸

Ademais, afirma que o princípio da insignificância está diretamente ligado aos dados do caso concreto, devendo os valores dos fatos serem abordados por suas diversas facetas:

“Assim, de um lado, há a própria evolução social que interfere diretamente no tema do princípio da insignificância e, de outro, a questão casuística sempre a ser considerada. O somatório desses valores deixa patente que a tentativa de disciplinar requisitos ao princípio da insignificância nada mais representa que o já manifestado, com todo respeito devido, equívoco de estabelecer o sistema normativo do Direito Penal brasileiro, rompendo com sua tradição democrática e colocando-os nos trilhos dos modelos próprios de Estados antidemocráticos”.¹³⁹

Afirma ainda que os critérios fixados para aplicação do princípio da insignificância estão rechaçados pela Corte Máxima, com base numa manifestação arbitrária.¹⁴⁰

De outra parte, o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), em 04 de outubro de 2012, encaminhou sugestões ao Relator do Projeto de Lei do novo Código Penal, Senador Pedro Taques na qual repudia a proposta de inclusão do Princípio da Insignificância.¹⁴¹

Segundo o IBCCRIM, surgiu a necessidade de positivação do princípio a fim de trazer segurança jurídica e previsibilidade ao ambiente penal, contudo a dificuldade se remonta na abstração do princípio.¹⁴²

¹³⁸ SENADO FEDERAL. Senador José Sarney. Atividade legislativa. *Projeto de lei do senado 2362012*. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=114442&tp=1>>. Acesso em 20 maio 2013. p. 22.

¹³⁹ *Ibidem*.

¹⁴⁰ *Ibidem*.

¹⁴¹ SENADO FEDERAL. Senador José Sarney. Atividade legislativa. *Projeto de lei do senado 236 2012*. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=114973&tp=1>>. Acesso em 23 maio 2013.

¹⁴² *Ibidem*.

E diz que embora a ideia inicial do projeto fosse minimalista, se identifica até então uma verdadeira expansão do Direito Penal, e quando não presente isso, se verifica imposição de sanções mais graves para delitos já tipificados no Código Penal vigente, e que a consequência disso é a “regulação social por meio da pena”. Daí surge a normatização do princípio da insignificância de um lado para garantir um direito ao acusado, e de outro lado para “contrabalancear o rigor de alguns tipos penais”¹⁴³.

Ademais, afirma que a abstração do princípio torna inviável sua normatização, visto que princípio é regra de orientação geral, e que havendo a positivação haverá a insurgência ou de uma delimitação ao dispositivo ou sua amplitude demasiada, dificultando assim não só a criação de jurisprudência, mas também a própria aplicação do princípio num caso concreto.¹⁴⁴

De outra forma, menciona que os requisitos utilizados como parâmetro para aplicação do princípio da insignificância, quais sejam “(i) mínima ofensividade da conduta do agente, (ii) nenhuma periculosidade social da ação, (iii) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento, (iv) inexpressividade da lesão jurídica provocada” foram estabelecidos num julgado do Ministro Celso de Mello (HC 84412-0/SP, julgado em 19/10/2004), e que a partir de então se tornou acórdão paradigma.¹⁴⁵

Contudo, em uma pesquisa realizada por Ana Carolina de Oliveira e Pierpaolo Cruz Bottini (a ser explicada mais detalhadamente no Capítulo 3,, verificou-se que os recursos relacionados a delitos patrimoniais e econômicos, interpostos perante os tribunais superiores, em sua grande maioria pleiteava a aplicação do princípio em comento, em razão da irrelevância da conduta ou até mesmo pleiteando o reconhecimento da validade do princípio, haja vista ainda

¹⁴³ SENADO FEDERAL. Senador José Sarney. Atividade legislativa. *Projeto de lei do senado 236 2012*. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=114973&tp=1>>. Acesso em 23 maio 2013.

¹⁴⁴ *Ibidem*.

¹⁴⁵ *Ibidem*.

existirem tribunais estaduais que demonstram resistência quanto à aplicação do princípio.¹⁴⁶ E completa:

“A mencionada pesquisa de Oliveira e Bottini, observa, no entanto, que tais critérios não contribuem de nenhuma forma para delimitar o que pode ou não ser considerado insignificante em termos penais, e acabaram utilizados como argumentos universais, tanto para a concessão ou denegação de recursos com base no princípio da insignificância, sem que houvesse uma análise detalhada do que consiste a periculosidade social, o grau de reprovabilidade, ou a mínima ofensividade da conduta”.¹⁴⁷

Por fim, o IBCCRIM menciona que atualmente não há um entendimento consolidado sobre o que pode ser considerado insignificante ou não, haja vista uma presente carência de uniformização quanto à interpretação do princípio da insignificância tanto pela jurisprudência quanto pela doutrina, daí a impossibilidade de positivação do mesmo.¹⁴⁸ E assim finaliza:

“[...] pelo simples equívoco de se pretender tipificar um princípio abstrato, como se isso fosse a solução do problema de aplicação pontual do mesmo, é de se ter a conduta errática colocada. Há o risco de que tal redação seja interpretada de maneira a delimitar a aplicação do princípio, com a mesma lógica automatizada empregada em parte dos julgados sobre este tema, limitando a liberdade de criação dos tribunais e desestimulando a reflexão crítica da doutrina do Direito Penal”.¹⁴⁹

Em anexo à discussão do Projeto de Lei do Senado nº 236/2012, foi realizada emenda pelo Senador Aloysio Nunes Ferreira, em 23 de outubro de 2012, suprimindo o §1º do art. 28 do PLS, na qual dispunha sobre o Princípio da insignificância.¹⁵⁰ E como justificativa foi exposto o seguinte:

“O princípio da insignificância é um conceito circunstancial. Não é o simples valor da coisa que indica sua insignificância. Caso a vítima procure o Estado e noticie o crime, o delito deixou de ser insignificante. A prevalecer essa tese, estaremos fomentando a

¹⁴⁶ SENADO FEDERAL. Senador José Sarney. Atividade legislativa. *Projeto de lei do senado 236 2012*. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=114973&tp=1>>. Acesso em 23 maio 2013.

¹⁴⁷ *Ibidem*.

¹⁴⁸ *Ibidem*.

¹⁴⁹ *Ibidem*.

¹⁵⁰ *Ibidem*. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=115790&tp=1>>. Acesso em 23 maio 2013.

prática de crimes patrimoniais, em virtude de seu pequeno valor para alguns, mas de inquestionável importância para outros”.¹⁵¹

Afirma inclusive, que os casos crimes patrimoniais em que não há violência ou grave ameaça deveriam ser processados mediante ação pública condicionada a representação, e, além disso, contemplados com os benefícios do Juizado Especial Criminal (Lei n 9099/95).¹⁵²

Em 22 de fevereiro de 2013, o Prof. Miguel Reale Júnior em Comissão Especial Interna do Senado Federal ao analisar o Projeto de Lei que pretende reformar o Código Penal menciona o artigo do projeto que trata da exclusão do fato criminoso, e dentre elas o princípio da insignificância,¹⁵³ no qual afirma:

“O princípio da insignificância é algo que foi construído pela doutrina, não precisa estar regulado no Código Penal. E está regulado errado. Traduz-se aqui, no princípio da insignificância, o que consta de um acórdão do Ministro Celso de Mello e se coloca a insignificância como causa de exclusão do crime. Não é causa de exclusão do crime, a doutrina majoritariamente estabelece que insignificância é caso de atipicidade, é o furto da manteiga. Ao mesmo tempo, fala-se que existem três critérios para exclusão do fato. Inclusive, o Ministério Público terá que denunciar, para que se reconheça a causa de exclusão do crime, quando não deveria, sequer, denunciar o furto de manteiga, porque é fato atípico. Isso não precisa estar no Código”.¹⁵⁴

Miguel Reale Júnior faz uma crítica aos requisitos estabelecidos no projeto de lei para a incidência do princípio da insignificância. E coloca que “ofensividade e lesividade são sinônimos”, distinguindo apenas no sentido de que ofensividade abrange a lesividade, visto que se refere aos crimes de perigo abstrato, desse modo se estaria exigindo a mesma coisa duas vezes.¹⁵⁵

E quanto ao requisito do reduzidíssimo grau de reprovabilidade para a exclusão do crime, mas que na verdade não é causa de exclusão do crime, e sim

¹⁵¹ SENADO FEDERAL. Senador José Sarney. Atividade legislativa. *Projeto de lei do senado 236 2012*. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=115790&tp=1>>. Acesso em 23 maio 2013.

¹⁵² *Ibidem*.

¹⁵³ *Ibidem*. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=123990&tp=1>>. Acesso em 24 maio 2013.

¹⁵⁴ *Ibidem*. p. 7-8.

¹⁵⁵ *Ibidem*.

exclusão da tipicidade, deixa um questionamento, “o que é reduzidíssimo grau de reprovabilidade? Uma pitada de reprovabilidade?”.¹⁵⁶

Nesse sentido, conclui que é muito preocupante a posituação do princípio da insignificância, visto que:

“traduz-se um acórdão do Supremo Tribunal Federal contrariando totalmente tudo aquilo que a doutrina e que grande parte da jurisprudência já consagrou para saber se a pessoa que furtou a manteiga teve ou não antecedente, se ela é perigosa ou não”.¹⁵⁷

Na Comissão Especial Interna do Senado Federal, em ata da 8ª reunião realizada em 14 de março de 2013, o Prof. Rogério Sanches expressou sua crítica quanto à expansão do direito penal:

“Radbruch, um filósofo conservador dizia: “Nós não precisamos de um Direito Penal melhor, nós precisamos de qualquer coisa melhor do que o Direito Penal para resolver conflitos sociais”. Quer dizer, precisamos de outra coisa. A resposta punitiva neurótica, obsessiva é completamente equivocada. A criminologia demonstra isso o tempo todo”.¹⁵⁸

Acrescentou também que as prisões não resolvem o problema da criminalidade, ou seja, não cumprem a função de correção do criminoso, e que este fenômeno não ocorre só no Brasil, mas em todo o mundo, como nos Estados Unidos, na Itália, na Alemanha, na Argentina. As pessoas são iludidas em relação a pena como transformação do criminoso.¹⁵⁹

A prisão pelo contrário, introduz no sujeito “novas relações de violência e malandragem”, visto que ao entrarem na prisão precisam se adaptar àquele mundo como regra de sobrevivência.¹⁶⁰ E acrescenta:

¹⁵⁶ SENADO FEDERAL. Senador José Sarney. Atividade legislativa. *Projeto de lei do senado 236 2012*. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=123990&tp=1>>. Acesso em 24 maio 2013.

¹⁵⁷ *Ibidem*.

¹⁵⁸ *Ibidem*. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=125657&tp=1>>. Acesso em 24 maio 2013.

¹⁵⁹ *Ibidem*.

¹⁶⁰ *Ibidem*.

“Quando ele se encontra absolutamente adaptado à prisão foi inteiramente prisionalizado, está adaptado àquele modo de vida, ele volta para o mundo fora da prisão. E aí encontra o quê? As mesmas condições adversas que o levaram à primeira criminalização etc. E mais, ainda encontra atitudes dos outros, porque agora é um egresso, e a comunidade tem um papel nisso. A comunidade se comporta em relação ao egresso na expectativa de que ele continue praticando novos crimes. Quer dizer, que continue na carreira criminoso. Imagine, o sujeito foi totalmente prisionalizado, adaptado à prisão, depois volta para a comunidade, encontra essa atitude, qual é o resultado? O resultado é a reincidência. A prisão, na verdade, produz reincidência”.¹⁶¹

Acrescenta também um ponto interessante em relação ao direito penal ser elitista afirmando que em uma sociedade justa, o Direito Penal tem uma função positiva, entretanto numa sociedade desigual e injusta como é o Brasil, o Direito Penal só pode ter como função garantir a injustiça, daí a impossibilidade de o ser elitista, pois o Direito Penal não resolver o problema da criminalidade.¹⁶²

Ao rebater a posicionamento do promotor de justiça Rogério Sanches Cunha, Miguel Reale Júnior afirma:

“Está aqui um promotor que acredita na pena como forma de solução de conflitos sociais. Eu não acredito na pena para resolver conflitos sociais. Temos que resolver conflitos sociais por meio de medidas públicas, de políticas públicas, não por meio de punição”.¹⁶³

Desse modo, menciona que o Direito Penal não resolverá o problema da sociedade com suas penas, e que esta resposta dada a sociedade por meio de penas é mesquinha e a única aplicada no Brasil no que se refere à questão criminal:

“E a resposta está gerando todas essas consequências. E ainda vamos estabelecer mais penas. Quer dizer, precisamos de mais crimes, de mais penas, de mais polícia, de mais justiça, de mais prisão! Onde é que vamos acabar? Já há 550 mil presos. Daqui a dez anos, haverá 2,5 milhões de presos. Vamos transformar a sociedade num arquipélago carcerário? Para quê? Para manter uma

¹⁶¹ SENADO FEDERAL. Senador José Sarney. Atividade legislativa. *Projeto de lei do senado 236 2012*. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=125657&tp=1>>. Acesso em 24 maio 2013.

¹⁶² *Ibidem*.

¹⁶³ *Ibidem*.

sociedade desigual. Não discutimos a desigualdade social, o que o Direito Penal garante”.¹⁶⁴

Ademais, o projeto se excedeu ao estabelecer os requisitos para a incidência do instituto do princípio da insignificância com “tantas limitações que tornam praticamente inútil o princípio”. Pois é impossível a incidência de todos os requisitos estabelecidos no projeto de lei para a aplicação do princípio da insignificância: “Quer dizer, de alguma forma, o princípio da insignificância não existe. E eu digo que essa é uma distorção político criminal”, em razão das exigências serem excessivas.¹⁶⁵

Afirma ainda que é preciso aceitar que o princípio da insignificância deve amparar as pequenas lesões aos bens jurídicos e que estas não devem mobilizar todo o Estado. E, principalmente que a justiça e a prisão não vão resolver essa situação, tendo em vista não haver um resultado jurídico relevante¹⁶⁶.

É imperioso também observar, que a não aplicação do princípio em comento tem como consequência o acúmulo de processos nos tribunais, conforme já asseverado, em que ao invés de estarem discutindo questões relevantes para o mundo jurídico e social estão discutindo nos tribunais superiores a questão da aplicação ou não do princípio da insignificância em situações irrelevantes.

¹⁶⁴ SENADO FEDERAL. Senador José Sarney. Atividade legislativa. *Projeto de lei do senado 236 2012*. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=125657&tp=1>>. Acesso em 24 maio 2013.

¹⁶⁵ *Ibidem*.

¹⁶⁶ *Ibidem*.

2 A REINCIDÊNCIA

2.1 CONCEITO

O crime é considerado um “fenômeno normal da sociedade”, pois, como afirma Durkheim, não existe sociedade sem crime. Apesar de a sociedade sonhar com uma vida sem violência, “sem crime, criminoso, pena e muito menos reincidência criminal”.¹⁶⁷

Dessa forma, como não é possível abominar o crime em uma sociedade, mecanismos devem ser usados para ao menos evitar a sua existência em grandes proporções: Assim, o direito penal tem por função prevenir e combater a criminalidade.¹⁶⁸

Entretanto, como já sabemos, “o direito penal não é e não pode constituir remédio para todos os males da sociedade”. Apenas é usado em *ultima ratio*, quando não há outros meios eficazes.¹⁶⁹ Pois, “mais que uma questão puramente legal, a violência, a criminalidade e, conseqüentemente, a reincidência criminal constituem um problema social”.¹⁷⁰

“Uma política criminal realmente eficaz na prevenção do crime e, por conseguinte, da reincidência criminal, sem olvidar dos princípios fundamentais, deve estar associada às medidas, [...] de uma política social.”¹⁷¹

Essa política social referida seria aquela que favoreça a erradicação da pobreza, traga a educação como um direito de todos indistintamente, como também a saúde, tendo como objetivo tratar todos pelo o que são e não pelo que possuem.¹⁷² O papel social tem o condão tanto de agravar ou amenizar a origem do crime, daí a necessidade de alternativas e não apenas o direito penal como “a única forma de solução de conflitos”.¹⁷³

¹⁶⁷ YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. *Da reincidência criminal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005. p. 15.

¹⁶⁸ *Ibidem*.

¹⁶⁹ *Ibidem*.

¹⁷⁰ *Ibidem*. p. 17.

¹⁷¹ *Ibidem*. p. 20.

¹⁷² *Ibidem*.

¹⁷³ *Ibidem*. p. 21.

A partir dessa explanação tem-se que, para a ocorrência do instituto da reincidência, *mister* se faz a ocorrência de um crime depois de transitada a sentença penal condenatória de uma infração penal anterior, mas o seu conceito não se esgota apenas nesse aspecto.¹⁷⁴

Define-se reincidência como a repetição do ato, tornar a incidir, em latim, *re-incidere*. O nosso ordenamento jurídico não traz uma definição do que vem a ser a reincidência, no entanto deixa claras as condições para a sua incidência como circunstância agravante. Deve ser aplicada no momento da dosimetria da pena, mais especificamente na segunda fase, onde se aplicam as agravantes e atenuantes.¹⁷⁵

“A reincidência difere das demais circunstâncias agravantes porque não se baseia em fatos exteriores, mas na própria pessoa do delinquente. Ademais, sua apreciação constitui não uma questão de fato, mas uma questão de direito, qual seja: a de se saber se o delinquente já foi condenado anteriormente por uma sentença firme (transitada em julgado).”¹⁷⁶

O Código Penal define a Reincidência nos termos do artigo 63 do Código Penal: “Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior”.¹⁷⁷

O conceito de reincidência se modifica de acordo com cada país, daí a impossibilidade de um conceito único, universal. Em cada país incide um conceito, como também seus próprios requisitos e efeitos.¹⁷⁸

É de total importância também salientar a diferença existente entre primariedade, antecedentes criminais e reincidência. Será considerado primário do ponto de vista legal, aquele que já praticou diversos crimes, mas que em relação a

¹⁷⁴ BERLA, Gabriel Vieira. Reincidência: uma perspectiva crítica de um instituto criminológico. *Revista brasileira de ciências criminais*, ano 18, n. 82, p. 295-335, jan./fev. 2010.

¹⁷⁵ ASSIS, Rafael Damaceno de. O estudo da reincidência criminal frente aos aspectos técnico-jurídicos. *Revista Jurídica*, ano 55, n. 362, p. 111-124, dez. 2007.

¹⁷⁶ YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. *Da reincidência criminal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005. p. 26.

¹⁷⁷ BRASIL. *Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Rio de Janeiro, 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 08 abr. 2013.

¹⁷⁸ YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. *op. cit.*

estes não teve nenhuma condenação transitada em julgado, ou até mesmo aquele que já praticou vários crimes e só tem uma condenação transitada em julgado.¹⁷⁹

Os antecedentes criminais são muito mais abrangentes que o instituto da reincidência, e podem ser divididos em bons e maus antecedentes. Serão considerados bons antecedentes quando perante o agente não tenha nenhuma condenação penal transitada em julgado. Este fato se caracteriza em razão do princípio da presunção de inocência, visto que o acusado só pode ser culpado após a condenação. E serão considerados maus antecedentes quando perante o agente já possua condenação transitada em julgado.¹⁸⁰

Acerca dos antecedentes criminais Leonardo Yarochevsky, afirma:

“Primário é o não reincidente. Ter bons antecedentes significa não ter condenações que, apesar de não gerarem reincidência, revelam propensão ao crime. Não é possível, em face do princípio constitucional de presunção de inocência, admitir como maus antecedentes fatos criminais que ainda não foram julgados ou, pior ainda, fatos em relação aos quais houve arquivamento do inquérito policial ou absolvição”.¹⁸¹

Assim, o reincidente será aquele que depois de condenado criminalmente por sentença transitada em julgado cometa novo crime.¹⁸²

Um ponto crucial que diferencia o antecedente criminal da reincidência é que o instituto da reincidência é por tempo determinado, ou seja, é temporário, perdura por cinco anos contados a partir do cumprimento ou da extinção da pena. Sendo que nesse período, o agente não pode cometer crime.¹⁸³

Desse modo, se praticada infração após cinco anos do cumprimento ou extinção da pena do crime anterior, a pena não poderá ser agravada em razão da

¹⁷⁹ YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. *Da reincidência criminal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005. p. 26.

¹⁸⁰ *Ibidem*.

¹⁸¹ FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo penal constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 301. *apud* YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. *Da reincidência criminal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005. p. 40.

¹⁸² JESUS, Damásio E. de. *Código penal anotado*. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

¹⁸³ ASSIS, Rafael Damaceno de. O estudo da reincidência criminal frente aos aspectos técnico-jurídicos. *Revista Jurídica*, ano 55, n. 362, p. 111-124, dez. 2007.

reincidência, pois o agente não será reincidente, haja vista o decurso do lapso temporal.¹⁸⁴

Enquanto que o antecedente criminal é permanente, perpétuo, ou seja, não exclui o registro de maus antecedentes com o decurso do tempo. Sempre estará constando na folha de antecedentes criminais todos os crimes os quais o agente tenha sido condenado.¹⁸⁵

Ainda é de suma importância a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e a Súmula nº 444 também do STJ, no sentido de que não podem ser considerados como maus antecedentes, ações ainda em curso pendentes de julgamento ou inquéritos policiais:

“HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. ROUBO MAJORADO POR EMPREGO DE ARMA.

CONCURSO FORMAL DE CRIMES. AUMENTO DA PENA-BASE POR FORÇA DE INQUÉRITOS POLICIAIS E AÇÕES PENAS EM CURSO. IMPOSSIBILIDADE.

SÚMULA N.º 444. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA. ILEGALIDADE NA VALORAÇÃO DO COMPORTAMENTO DA VÍTIMA RECONHECIDA EX OFICIO.

1. Inquéritos policiais ou ações penais em andamento não se prestam a majorar a pena-base, seja a título de maus antecedentes, conduta social negativa ou personalidade voltada para o crime, em respeito ao princípio da presunção de não culpabilidade. Por tal razão foi editada a Súmula n.º 444/STJ, na qual se sedimentou o entendimento de que “[é] vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base”.

2. A simples referência ao fato de a conduta da vítima não ter influenciado no delito não basta para o aumento da pena-base.

Precedentes.

3. Ordem de habeas corpus concedida e ilegalidade na valoração do comportamento da vítima reconhecida de ofício, para o fim de, mantida a condenação, redimensionar a pena-base e, por conseguinte, reduzir a pena definitiva aplicada.

(HC 175.945/MT, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 02/04/2013, DJe 09/04/2013)¹⁸⁶”

¹⁸⁴ ASSIS, Rafael Damaceno de. O estudo da reincidência criminal frente aos aspectos técnico-jurídicos. *Revista Jurídica*, ano 55, n. 362, p. 111-124, dez. 2007.

¹⁸⁵ *Ibidem*.

¹⁸⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 175.945/MT. Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 02 abr. 2013. Brasília, 09 abr. 2013. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?newsession=yes&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&livre=HC%20175945>. Acesso em 21 jun. 2013.

Outro ponto de extrema importância, e que se faz necessário diferenciá-los são os conceitos de reincidência, o criminoso habitual e o criminoso por tendência. Como já se sabe a reincidência se opera na ocorrência de um novo delito após a condenação irrecorrível de um delito anterior.¹⁸⁷

Já o criminoso habitual é aquele que em razão de reiteradas práticas de crimes opera-se um hábito de delinquir. No entanto, tal conceito não se confunde com o de reincidência, visto que “El delincuente habitual puede ser reincidente pero no todo reincidente es delincuente habitual”.¹⁸⁸

O criminoso habitual traz uma característica negativa ao agente, pois é visto como mais perigoso, torna-se parte de sua personalidade. O sujeito vive da atividade criminosa, pois se torna um hábito.

Para diferenciar o reincidente do criminoso habitual, afirma Aníbal Bruno:

“Na reincidência propriamente dita, em que o agente, condenado por um crime volta pela segunda vez a delinquir, considera-se bastante agravar a pena para punir a sua maior culpabilidade. Admite-se que essa punição acrescida venha a ser suficiente para deter o criminoso no caminho da habitualidade. No habitual, entretanto, que comete três ou mais crimes, essa reiteração leva a supor íntima e persistente criminalidade, um estado criminalmente perigoso do agente, que o transporta do plano da punição para o plano assegurador.”¹⁸⁹

Em contrapartida, alguns autores definem o criminoso por tendência como aquele que tem uma inclinação para determinados tipos de crime, como por exemplo, o homicídio ou lesão corporal, mesmo este criminoso não sendo habitual ou reincidente.¹⁹⁰

“É necessário que ele revele especial inclinação para o delito e uma índole particularmente malvada, excluindo-se os casos em que a

¹⁸⁷ YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. *Da reincidência criminal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005.

¹⁸⁸ CEREZO MIR, José. *Curso de derecho penal español: parte general*, v.3, p. 172. *apud* YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. *Da reincidência criminal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005.p. 43. Tradução livre: “O delinquente habitual pode ser reincidente mas nem todo reincidente é delinquente habitual.”

¹⁸⁹ BRUNO, Aníbal. *Direito penal*, t.3, p.117 *apud* YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. *Da reincidência criminal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005.p. 48.

¹⁹⁰ YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. *op. cit.*

inclinação do indivíduo para o delito é identificada como produto de uma enfermidade mental.”¹⁹¹

Assim, apesar da existência de institutos similares ao da reincidência apenas quanto à ocorrência de mais de um crime, tais institutos se diferenciam, pois na reincidência é necessária nova condenação após condenação de crime com sentença já transitada em julgado, enquanto criminoso habitual pode ou não ser reincidente, e o criminoso por tendência é aquele que possui uma característica específica, qual seja, a inclinação para a prática de certos crimes.

2.1.1 Classificação

Quanto à identidade dos fatos a reincidência pode ser classificada como genérica ou específica. A *específica* ocorre quando os delitos praticados são da mesma natureza ou *genérica* quando não há identidade entre os fatos, não há necessidade de que o crime seja da mesma natureza, desse modo independentemente da natureza dos delitos se aplica a reincidência.¹⁹²

A reincidência específica pode ainda ser dividida em absoluta, quando os delitos estiverem tipificados no mesmo dispositivo, ou seja, possuem os mesmos elementos da figura típica. E relativa, quando os fatos não estão previstos no mesmo tipo penal, porém apresentam características comuns como, por exemplo, crime cometido pelos mesmos motivos ou a mesma forma de execução.¹⁹³

Pode ser *real*, quando ocorreu a coisa julgada e já se iniciou ou já cumpriu totalmente a pena; ou *ficta*, quando ocorreu a coisa julgada, mas sequer se deu início a execução da pena, independe do início desta.¹⁹⁴

Quanto à abrangência material, a reincidência pode ser *ampla*, quando inclui quaisquer delitos, seja previstos no Código Penal ou em lei especial, isto é, pode ser delito culposos, dolosos; ou *limitada*, quando determina o âmbito de abrangência.¹⁹⁵

¹⁹¹ YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. *Da reincidência criminal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005. p.45.

¹⁹² ASSIS, Rafael Damaceno de. O estudo da reincidência criminal frente aos aspectos técnico-jurídicos. *Revista Jurídica*, ano 55, n. 362, p. 111-124, dez. 2007.

¹⁹³ *Ibidem*.

¹⁹⁴ *Ibidem*.

Existem algumas exceções no direito penal brasileiro no sentido de que não haverá reincidência quando o cometimento de crime for subsequente a uma contravenção penal, ou subsequente a um crime militar próprio; por último os crimes políticos também não ensejam reincidência.¹⁹⁶

Quanto à temporariedade, pode ser *permanente*, quando não há decurso de tempo para a aplicação da reincidência, sendo assim perpétua; ou *temporária*, quando há especificação de um tempo determinado para a utilização da reincidência, após o decurso de um tempo específico, a condenação não poderá mais ser usada para a caracterização da reincidência. No Brasil esse tempo é de 5 (cinco) anos.¹⁹⁷

Desse modo, o Código Penal Brasileiro adotou a classificação da reincidência como sendo genérica, ficta, ampla e temporária.

2.2 REQUISITOS

O pressuposto para a configuração do instituto da reincidência é a chamada reincidência ficta, isto é, a condenação penal transitada em julgado anterior ao novo delito, sendo desnecessário o cumprimento ou não da pena imposta.¹⁹⁸

“O trânsito em julgado da sentença que condena o indivíduo pela prática de um crime, muito embora não tenha nenhum efeito profilático miraculoso ou similar – como muitos acreditam que a pena contém -, é de suma importância para a caracterização da reincidência, visto que a legislação penal brasileira adotou a reincidência ficta.”¹⁹⁹

¹⁹⁵ ASSIS, Rafael Damaceno de. O estudo da reincidência criminal frente aos aspectos técnico-jurídicos. *Revista Jurídica*, ano 55, n. 362, p. 111-124, dez. 2007.

¹⁹⁶ *Ibidem*.

¹⁹⁷ *Ibidem*.

¹⁹⁸ BERLA, Gabriel Vieira. Reincidência: uma perspectiva crítica de um instituto criminógeno. *Revista brasileira de ciências criminais*, ano 18, n. 82, p. 295-335, jan/fev. 2010.

¹⁹⁹ *Ibidem*. p. 303.

Faz-se necessária a prática de novo crime após o trânsito em julgado da sentença condenatória do delito anterior. Caso o crime anterior transite em julgado após a realização do novo delito, não há que se falar em reincidência.²⁰⁰

“Logo, do ponto de vista técnico-jurídico, criminoso primário (por mais estranha que possa parecer essa nomenclatura) não é somente aquele que é condenado pela primeira vez, mas inclusive aquele, que, apesar de possuir inúmeras condenações, não cometeu nenhum delito após o trânsito em julgado do primeiro crime pelo qual foi condenado.”²⁰¹

Ainda há a possibilidade de não se saber ao certo, ou ter-se dúvida acerca do momento do novo delito e o momento do trânsito em julgado do delito anterior. Isto é, o novo crime ocorreu no mesmo dia do trânsito em julgado do crime anterior, não sendo possível determinar qual fato ocorreu primeiro. Nessa situação, não poderá ser configurada a reincidência em razão do princípio *in dubio pro reo*.²⁰²

Caso o novo crime tenha sido cometido no exterior, para que os efeitos da reincidência sejam aplicados no Brasil, *mister* se faz a homologação da sentença no Brasil (Superior Tribunal de Justiça).²⁰³

“Embora a lei brasileira, conforme se pode constatar, tenha adotado a solução internacionalista, é necessário, primeiramente, saber se a lei brasileira produzirá, na espécie, as mesmas consequências que as havidas pela sentença condenatória estrangeira. Sendo ainda necessário que a sentença condenatória estrangeira seja homologada pelo tribunal brasileiro, para que possa produzir os efeitos.”²⁰⁴

Desse modo, o agente pode ter praticado inúmeros delitos, mas se não houver uma sentença penal condenatória em pelo menos algum deles, não poderá ser considerado reincidente, mas sim tecnicamente primário. Haja vista, a sentença penal condenatória ser um pressuposto para a reincidência, caso o agente pratique novo crime após a condenação.²⁰⁵

²⁰⁰ ASSIS, Rafael Damaceno de. O estudo da reincidência criminal frente aos aspectos técnico-jurídicos. *Revista Jurídica*, ano 55, n. 362, p. 111-124, dez. 2007.

²⁰¹ BERLA, Gabriel Vieira. Reincidência: uma perspectiva crítica de um instituto criminógeno. *Revista brasileira de ciências criminais*, ano 18, n. 82, p. 295-335, jan/fev. 2010. p. 303.

²⁰² *Ibidem*.

²⁰³ YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. *Da reincidência criminal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005.

²⁰⁴ *Ibidem*. p. 38.

²⁰⁵ ASSIS, Rafael Damaceno de. op. cit.

2.3 EFEITOS

Os efeitos do instituto da reincidência vão muito além de uma agravante da pena, pois não somente impossibilita a utilização de inúmeros benefícios do código penal e do código de processo penal, por exemplo, como também atingem o agente drasticamente, visto que os rotulam deixam estigmas irreversíveis.

Quanto aos efeitos no Direito Penal, mais especificamente na dosimetria da pena, esta ocorre da seguinte forma: Inicialmente se considera a pena, e após as circunstâncias agravantes e atenuantes da pena, e em última análise as causas de aumento e diminuição de pena. E nesta segunda fase do sistema trifásico que está presente a reincidência, sendo importante também salientar que não há um valor fixo para este aumento de pena. Nesse caso, o valor será fixado livremente por arbítrio do magistrado.²⁰⁶

Com relação à suspensão condicional da pena, para a aplicação deste benefício se faz necessário o preenchimento de alguns requisitos, dentre eles não ser reincidente em crime doloso. Isto posto, a reincidência é um limitador a este instituto conforme art. 77, inciso I, do CP.²⁰⁷

Outro efeito da reincidência é quanto à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito ou multa no Direito Penal, haja vista que conforme os artigos 44, inciso II, e 60, § 2º, do CP, para usufruir desse benefício o agente também não pode ser reincidente em crime doloso. “Porém, há magistrados relativizando essa determinação legal em virtude do § 3º do referido preceptivo.”²⁰⁸

Quanto ao livramento condicional no Direito Penal, verifica-se que o reincidente em crime doloso para fazer jus a este benefício é necessário o cumprimento de ½ (metade) da pena, enquanto que para o primário basta o

²⁰⁶ *Ibidem.*

²⁰⁷ *Ibidem.*

²⁰⁸ *Ibidem.* p. 119.

cumprimento de 1/3 (um terço) da pena conforme menciona o artigo 83, incisos I e II do CP.²⁰⁹

Outro efeito negativo interessante é acerca da prescrição, caso a prescrição seja da pretensão punitiva, ou seja, se o crime prescreveu antes da sentença condenatória transitada em julgado, o acusado não será reincidente por falta do requisito da sentença transitada em julgado. Todavia, se o crime prescreveu após a sentença condenatória, ou seja, ocorreu a prescrição da pretensão executória, subsiste a reincidência por mais que o crime esteja prescrito.²¹⁰

Outro ponto interessante com relação à prescrição é que o reincidente no cômputo do prazo da prescrição sofre um aumento de 1/3, conforme afirma Rafael Damasceno de Assis:

“Conforme dispõe o artigo 110 do CP, o lapso prescricional deve ser observado diante da pena aplicada em concreto na sentença irrecorrível, adequando esse quantum de acordo com o exposto no artigo 109 do CP. Ocorre que à medida que esta sentença reconhece a existência de outras condenações – é dizer, se o condenado for reincidente – o prazo prescricional será aumentado em 1/3 (um terço)”.²¹¹

O reincidente encontra óbice até mesmo para a transação penal, haja vista este instituto só ser ofertado àqueles sem condenação penal conforme descreve o artigo 76, § 2º, I, da Lei 9.099/95.²¹²

Com relação aos efeitos negativos da reincidência quanto ao direito processual penal, verifica-se que o reincidente não tem a possibilidade de recorrer em liberdade, e se o reincidente for pronunciado também deverá ser recolhido à prisão:

“Disciplina o artigo 594 do CPP que o réu considerado reincidente não poderá apelar em liberdade. Porém, diante do previsto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, a doutrina discute a constitucionalidade da referida norma em virtude do postulado da “presunção de inocência”. Ora, se é o réu presumido inocente, por

²⁰⁹ ASSIS, Rafael Damasceno de. O estudo da reincidência criminal frente aos aspectos técnico-jurídicos. *Revista Jurídica*, ano 55, p. 111-124. n. 362

²¹⁰ *Ibidem*.

²¹¹ *Ibidem*. p. 121.

²¹² *Ibidem*.

força de dispositivo constitucional, não há qualquer lógica no fato de que ser considerado reincidente não o torne passível de recorrer em liberdade”.²¹³

Quanto à suspensão condicional do processo, esta pode ser oferecida pelo Ministério Público, nos crimes com pena mínima até um ano, desde que o acusado não esteja sendo processado ou tenha condenação por outro crime, conforme o artigo 89 da Lei 9.099/95.²¹⁴

Quanto à prisão preventiva e a concessão da fiança:

“Se, por um lado, a reincidência criminal constitui hipótese para a decretação da prisão preventiva, por outro é óbice à concessão da fiança, em caso de prisão em flagrante, conforme dispõe artigo 323, III, do CPP”.²¹⁵

Já com relação à execução penal, o reincidente também sofre negativamente. Para o benefício da saída temporária do preso do estabelecimento prisional, ao primário basta o cumprimento de 1/6 da pena, enquanto que ao reincidente se faz necessário o cumprimento de 1/4 da pena, como preleciona o artigo 123, II, da Lei de Execução Penal.²¹⁶

A influência da reincidência no tocante aos institutos do indulto e da comutação na Execução Penal ocorre na medida em que:

“Os decretos que concedem anualmente os institutos do indulto e da comutação são influenciados pela reincidência criminal à medida que alteram as frações de cumprimento da pena privativa de liberdade. A título de exemplificação, o Decreto-Lei 5.295, de 02 de dezembro de 2004, estipula e seu artigo 2º que o requisito objetivo para a concessão do benefício dispõe que seja cumprido, até 25 de dezembro do referido ano, 1/4 (um quarto) da pena, se primário, ou 1/3 (um terço), se reincidente”.²¹⁷

A reincidência apesar de ser uma agravante de pena prevista no art. 63 do Código Penal, esta se difere das demais, tendo em vista que não está relacionada

²¹³ ASSIS, Rafael Damaceno de. O estudo da reincidência criminal frente aos aspectos técnico-jurídicos. *Revista Jurídica*, ano 55, p. 111-124. n. 362. p. 121.

²¹⁴ *Ibidem*.

²¹⁵ *Ibidem*. p. 122.

²¹⁶ *Ibidem*.

²¹⁷ *Ibidem*. p. 122.

diretamente ao fato, mas apenas à pessoa do autor, se este já cometeu ou não crime com pena transitada em julgado.²¹⁸

Acerca da reincidência, Zaffaroni explicita algumas teorias que tentam justificar a reincidência como agravante de pena. E ao explicitar acerca da justificativa em razão da “dupla lesão”, afirma que esta tese além de usar o argumento do maior alarme social causado, diz que dois danos são causados, um dano imediato e outro dano mediato ou político, em que este último é o mais grave.²¹⁹

Zaffaroni afirma que esta tese não corresponde à realidade, visto que a segunda lesão, qual seja, a mediata ou política é eventual, não se pode afirmar que irá ocorrer, é apenas uma probabilidade. E ainda, que apenas o juiz e a polícia têm conhecimento se o agente é reincidente ou não, e dessa forma não há que se falar em maior alarme social.²²⁰ E conclui:

“Admitir essa idea implica que el delito lesiona por lo menos dos bienes jurídicos y que la obediência al estado es um bien jurídico lesionado em todo delito, siendo Independiente de la lesión del bien jurídico del victimizado. En alguna medida es uma tesis que opaca el concepto de bien jurídico como base del principio de ofensividad, que es um de los pilares del derecho penal de garantías”.²²¹

A agravante em razão do “maior alarme social” tem por finalidade uma segurança maior e tranqüilidade da sociedade. Entretanto a razão para o agravamento da pena não pode se esgotar apenas neste aspecto de segurança da sociedade, visto que a pena tem uma tríplice finalidade, qual seja a de prevenção, a de punição e a de ressocialização. E, para alcançar esse fim é inadmissível que se

²¹⁸ YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. *Da reincidência criminal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005.

²¹⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Hacia un realismo jurídico penal marginal*. Caracas: Monte Ávila Editores, 1992. p. 117-131.

²²⁰ *Ibidem*.

²²¹ *Ibidem*. Tradução livre: Admitir essa ideia implica que o delito lesiona pelo menos dois bens jurídicos e que a obediência ao estado é um bem jurídico lesionado em todo delito, sendo independente da lesão do bem jurídico da vítima. Em alguma medida é uma tese que opaca o conceito de bem jurídico como base do princípio da ofensividade, que é um dos pilares das garantias do direito penal.

abstenha da dignidade da pessoa humana “em nome de uma aparente segurança pública e de uma relativa estabilidade social”.²²²

Esta teoria se mostra como uma mera vontade do Estado em punir o agente, visto que as justificativas apresentadas não são capazes de explicar a dupla penalidade.

Uma segunda justificativa de alguns autores para o agravamento de pena aos reincidentes observada por Zaffaroni é acerca do juízo de periculosidade do agente.²²³

Os defensores desta tese afirmam que o agravamento da pena funciona como forma de defesa da sociedade em relação ao agente que repete a ação criminosa mesmo após uma punição. E, por estas razões o Estado deixa de agir repressivamente e passa agir preventivamente.²²⁴

Entretanto, é sabido que a periculosidade não passa de um juízo de probabilidade, e que em direito penal não se pode presumir, pois tal juízo está coberto de incertezas²²⁵. E, de outro modo o aumento de pena é uma presunção *iuris et de iure*, em que todo reincidente é perigoso.²²⁶

“Em suma, o que tem a dizer é que não há métodos científicos para determinar a periculosidade, que é um conceito vago e indeterminado, sendo o procedimento judicial de sua verificação fundado na intuição do juiz, com critérios de evidente irracionalismo” FRAGOSO, Heleno Cláudio. [...] No mesmo sentido, assevera Bissoli Filho que: “[...] a teoria da periculosidade restou tributária quase que exclusivamente de construções dogmáticas. [...] O conceito de personalidade perigosa, produzido unicamente pela Dogmática Penal, é vago, confuso e caracterizado pela subjetividade”.²²⁷

²²² YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. *Da reincidência criminal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005. p. 94-95.

²²³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Hacia un realismo jurídico penal marginal*. Caracas: Monte Ávila Editores, 1992.

²²⁴ YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. *op. cit.*

²²⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *op. cit.*

²²⁶ YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. *op. cit.*

²²⁷ *Ibidem*. p. 62.

Em relação à tese da “culpabilidade do autor”, alguns autores afirmam que se justifica a maior gravidade da pena, tendo em vista a maior perversidade do agente, ou até mesmo porque a pena aplicada anteriormente fora insuficiente.²²⁸

Considera que estes agentes possuem uma capacidade maior para a delinquência, ou seja, para infringir as normas do direito penal e por isso merecem um agravamento na pena.²²⁹

Contudo, é inaceitável que o reincidente seja mais obrigado que os outros cidadãos a não infringir as normas penais, que seja “mais obrigado a não matar, a não roubar, que o resto dos cidadãos”.²³⁰

Ademais, o fato de o reincidente praticar novamente o delito não o torna mais culpável, mas sim denota sua maior vulnerabilidade. Dessa forma, não existe graduação de culpabilidade, o agente não se torna mais culpável e perigoso a cada vez que comete um delito.²³¹

Os autores que sustentam a ideia de aumento de pena ao reincidente levam em consideração a culpabilidade pela “conduta de vida, modo de ser do autor”.²³² E quanto a isso afirma Yarochevsky:

“É necessário, contudo, ter em conta que a culpabilidade pelo fato é proveniente de um ato isolado e que seu juízo somente pode recair sobre este. A culpabilidade somente pode referir-se a um fato, vez que o direito penal moderno é o direito penal do fato e não do autor”.²³³

Além disso, o agravamento da pena aos reincidentes fere inúmeros princípios constitucionais, princípios estes que são inerentes ao Estado Democrático de Direito:

“Além de afrontar o princípio da culpabilidade, devido ao fato de o homem somente poder ser julgado por seus atos e nunca por seu modo de ser, o agravamento da pena pela reincidência feriria o

²²⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Hacia un realismo jurídico penal marginal*. Caracas: Monte Ávila Editores, 1992.p. 117-131.

²²⁹ YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. *Da reincidência criminal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005.

²³⁰ *Ibidem*. p. 85.

²³¹ *Ibidem*.

²³² *Ibidem*. p. 90.

²³³ *Ibidem*. p. 90.

princípio da igualdade, este vinculado à proteção da dignidade da pessoa humana, o que impediria qualquer distinção entre indivíduos “perigosos” e “não-perigosos”, bem como qualquer regra de caráter discriminatório.”²³⁴

Há que se considerar que os benefícios que a sociedade possui devem ser distribuídos de forma igualitária para todos, no entanto segundo Beccaria “numa reunião de homens, percebe-se a tendência contínua de concentrar no menor número os privilégios, o poder e a felicidade, e só deixar à maioria miséria e debilidade”.²³⁵

Zaffaroni ao analisar a tese justificativa da agravante de pena em razão da maior culpabilidade do ato, afirma que os autores defensores desta tese a justificam, tendo em vista a falta de arrependimento com a prática da reincidência. Merecem o agravamento, visto que da mesma forma que os que se arrependem têm benefícios, os que não se arrependem devem ser punidos majoritariamente. E ainda, que o conhecimento da ilicitude do ato na segunda condenação é mais evidente que na primeira e por isso o aumento de pena.²³⁶

Entretanto, essa afirmação não se mostra escoreita, haja vista a segunda conduta delitiva ser totalmente independente da primeira, não sobrando, portanto, relevância para os efeitos da primeira condenação alcançarem a segunda. E por estas razões, Zaffaroni afirma que as tentativas de explicar a reincidência incluindo o direito penal do autor são incoerentes e insatisfatórias.²³⁷

E também acerca da justificativa do aumento de pena pela reincidência Yarochevsky afirma:

“Não parece correto e adequado que o fundamento da reincidência resida na maior gravidade do injusto, pois o desvalor da ação ou o desvalor do resultado do novo delito não se vê incrementado pela sentença condenatória anterior. Não há, necessariamente, qualquer relação entre a condenação anterior e a prática de um novo delito, pois a gravidade da prática de um determinado fato delitivo não pode

²³⁴ YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. *Da reincidência criminal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005. p. 91.

²³⁵ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Martim Claret, 2006. p. 15.

²³⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Hacia um realismo jurídico penal marginal*. Caracas: Monte Ávila Editores, 1992.

²³⁷ *Ibidem*.

variar e sequer ser determinada pela simples existência de condenação ou de condenações anteriores.”²³⁸

Partindo para a questão da criminologia frente aos efeitos da reincidência se faz interessante mencionar o efeito estigmatizador permanente incorporado ao agente reincidente.

E para iniciar, o doutrinador Francisco Bissoli Filho menciona em obra o processo de criminalização, sendo este dividido em primário e secundário. Aquele, diz respeito às condutas que serão consideradas desvios (crimes); e este é a seleção dos indivíduos que serão etiquetados por praticarem as condutas criminosas.²³⁹

Desse modo, os efeitos que a sanção penal deixa no indivíduo não ocorrem apenas no encarceramento, mas também em razão do indivíduo ter sido etiquetado pela sociedade como criminoso, perigoso, causando mais estigmas neste indivíduo.²⁴⁰

Estigmas esses, que se mostram tão intensos que o indivíduo se sente um fracassado, sem mérito, inferior, se isolam das pessoas “normais”, porque estas farão dele um juízo de valor depreciativo. Ademais, as pessoas “normais” não se sentem à vontade na companhia de um etiquetado, se comportam como se fosse uma doença contagiosa.²⁴¹

Nesse sentido, afirma Bissoli Filho, que o indivíduo passa por uma exclusão tão violenta da sociedade, que não encontra alternativa senão a de reagir também violentamente cometendo outro crime.²⁴²

Tal etiquetamento é tão prejudicial ao indivíduo que ele perde a sua própria identidade e adquire a atribuída pela sociedade. A etiqueta se transforme em seu “caráter”, além de esconder todas as suas qualidades, ficando em evidência apenas

²³⁸ YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. *Da reincidência criminal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005. p. 93.

²³⁹ BISSOLI FILHO, Francisco. *Estigmas da criminalização: dos antecedentes à reincidência criminal*. 1998. Editora: Obra Jurídica.

²⁴⁰ *Ibidem*.

²⁴¹ *Ibidem*.

²⁴² *Ibidem*.

a característica de criminoso. Assim, afirma Bissoli Filho: “existe uma grande diferença entre dizer uma mentira e ter uma reputação de mentiroso”.²⁴³

A estigmatização, também colabora para a formação de subculturas, ou seja, grupos de pessoas que estão à margem da sociedade por conta da etiqueta a que lhe foi atribuída. Assim sendo, estes grupos se auto ajudam moralmente, pois se sentem iguais.²⁴⁴

Bissoli Filho ainda menciona que o indivíduo encarcerado possui imensa dificuldade de ressocialização, até porque está em contato direto com pessoas também estigmatizadas. E, ao contrário do que se espera acabam compartilhando suas experiências, e conforme afirma Edwin Sutherland ao dizer que o crime se aprende, o indivíduo acaba aprendendo novos crimes a partir das relações com os outros indivíduos criminosos.²⁴⁵

O sistema penitenciário também é precário. Os efeitos negativos que a prisão gera no indivíduo deixa evidente a impossibilidade de ressocialização. Assim, afirma Bissoli Filho: “No cárcere o sujeito não aprende a viver em sociedade, senão a prosseguir e a aperfeiçoar a sua carreira criminal através do contato e das relações com outros delinquentes”.²⁴⁶

As etiquetas na verdade perpetuam as condutas que se pretende reduzir, pois produzem estigmas permanentes e, por consequência diminuem as chances de ressocialização. E, mesmo depois de cumprida a pena, os estigmas permanecem na vida do indivíduo, o que demonstra dificuldade na vida social, pois reduz a capacidade de resistência em relação ao comportamento da sociedade.²⁴⁷

Nada obstante, caso o indivíduo consiga se ressocializar, o seu passado nunca será apagado, pois seus maus antecedentes têm caráter perpétuo, e este indivíduo será considerado pelo que ele foi e não pelo o que ele é. Isto é inaceitável, pois o indivíduo pode ter cometido um delito quando ainda jovem, mas sua conduta

²⁴³ BISSOLI FILHO, Francisco. *Estigmas da criminalização: dos antecedentes à reincidência criminal*. 1998. Editora: Obra Jurídica. p. 184.

²⁴⁴ *Ibidem*.

²⁴⁵ *Ibidem*.

²⁴⁶ *Ibidem*.

²⁴⁷ *Ibidem*.

vai ser perpetuada no tempo, mesmo que depois se torne uma nova pessoa com novos valores morais.²⁴⁸

Da mesma forma também é inaceitável o reincidente ter uma agravante de pena e ser restringido a vários benefícios, enquanto que outros apenas tecnicamente primários - cometeram vários crimes, mas sem condenação -, não sofrem com essas restrições e agravamentos.²⁴⁹

Bissoli Filho em sua obra considera os antecedentes e a reincidência como institutos inconstitucionais, visto que ferem direitos fundamentais previstos na Carta Magna. Violam o direito à honra, o princípio *do non bis in idem* e o princípio da igualdade.²⁵⁰

A violação do direito à honra se faz presente, uma vez que atinge a reputação social do indivíduo e segundo o autor e “o penalista espanhol J. M. Rodríguez Devesa, o direito de ser respeitado pelos demais, a não ser escarnecido nem humilhado, ante a si próprio e ante aos outros”.²⁵¹

Viola o princípio *do non bis in idem*, haja vista que a agravante da pena se dá em virtude do delito anterior e, que na maioria das vezes a pena já foi cumprida. Fere também o princípio da igualdade, uma vez que trata o reincidente diferentemente dos que não possuem essa característica.²⁵²

Apesar da discussão doutrinária a respeito da reincidência, o Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário nº 453000 no dia 4 de abril de 2013 contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul julgou por unanimidade, constitucional o agravamento da pena em razão da reincidência (art. 61, I, do Código Penal)²⁵³.

²⁴⁸ BISSOLI FILHO, Francisco. *Estigmas da criminalização: dos antecedentes à reincidência criminal*. 1998. Editora: Obra Jurídica.

²⁴⁹ ASSIS, Rafael Damaceno de. O estudo da reincidência criminal frente aos aspectos técnico-jurídicos. *Revista Jurídica*, ano 55, n. 362, p. 111-124. dez. 2007.

²⁵⁰ BISSOLI FILHO, Francisco. *op.cit.*

²⁵¹ *Ibidem*. p. 165.

²⁵² *Ibidem*.

²⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Notícias do STF: STF declara constitucionalidade da reincidência como agravante da pena*. Disponível em:

Apesar de a defesa haver alegado a caracterização do *bis in idem* e violação da individualização da pena, a promotora e os Ministros do pleno consideraram a reincidência constitucional, em razão de estar relacionado ao perfil do agente que por praticar crime novamente se distingue daqueles que cometeram crime pela primeira vez. E a inconstitucionalidade da reincidência prejudicaria diversos institutos que estão diretamente ligados à reincidência, como por exemplo, o regime semiaberto, o livramento condicional, dentre outros²⁵⁴.

Além disso, a pessoa reincidente no crime de bagatela não pode ser considerada perigosa, diante a irrelevância do fato praticado. Caso contrário, o sistema penal conforme menciona Nilo Batista se apresentará seletivo e desigual, visto que estará tratando os reincidentes desigualmente e só atingirão pessoas de classe baixa, etiquetadas como os reincidentes e possuidores de maus antecedentes.²⁵⁵

Afirma Bissoli Filho:

[...] “enquanto a intervenção do sistema geralmente subestima e imuniza as condutas às quais se relaciona à produção dos mais altos [...] superestima infrações de relativamente menor danosidade social”.²⁵⁶

Em razão de todos os efeitos negativos que são causados aos agentes, se mostra evidente que a política criminal até então adotada não está resolvendo o problema da criminalidade. Dessa forma, não há dúvidas de que novas políticas criminais devem ser adotadas.²⁵⁷

Importante salientar que política criminal, segundo Nilo Batista são “princípios e recomendações para a reforma ou transformação da legislação criminal e dos órgãos encarregados de sua aplicação.” A política criminal tem por finalidade o

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=235084&caixaBusca=N>>. Brasília, 04 abr 2013. Acesso em: 02 set. 2013.

²⁵⁴ *Ibidem*.

²⁵⁵ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

²⁵⁶ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 183.

²⁵⁷ *Ibidem*.

combate à criminalidade, e para isso são utilizados alguns métodos aplicados aos criminosos por meio das instituições policial, judiciária e penitenciária.²⁵⁸

Como proposta de um novo modelo de política criminal mais eficaz, Nilo Batista inicia uma discussão acerca da subsidiariedade do direito penal citando Fragoso:

“Uma política criminal moderna orienta-se no sentido da descriminalização e da desjudicialização, ou seja, no sentido de contrair ao máximo o sistema punitivo do Estado, dele afastando todas as condutas anti-sociais que podem ser reprimidas e controladas sem o emprego de sanções criminais, isto é, no sentido de uma conselheira da sanção não-penal.”²⁵⁹

Afirma também que para melhor eficiência da política criminal é necessário “contrair ao máximo o sistema punitivo” e utilizar de controles não estigmatizantes, ou seja, sanções de outras searas que não o direito penal, mas o civil, o administrativo, por exemplo, visto que o código penal foi elaborado na época autoritária do Estado e que para esta comprovação é suficiente observar “a Exposição de Motivos do vigente Código Penal”.²⁶⁰

É certo que não há um consenso sobre tratamento mais correto a ser aplicado no caso de reincidentes, mas é certo que a pena privativa de liberdade não é a solução.

Dessa forma, o mero endurecimento da legislação penal, buscando um direito penal mais rígido, “da lei e da ordem”, utilizando meios incompatíveis com o Estado Democrático de Direito, não traz benefício à sociedade, tampouco o combate ao crime.²⁶¹ Ainda é interessante colacionar um trecho da reunião da Comissão Interna do Senado Federal acerca do Projeto de Lei do novo Código Penal:

“Mas, agora, nesta proposta aqui, eles vão entupir o sistema penal. Por quê? Porque valorizaram um instituto que, hoje, está em descrédito no mundo todo, que é a reincidência penal. A reincidência não prova nada, prova alguma coisa contra o Estado. Por quê? Porque ela é a demonstração evidente do fracasso do projeto técnico

²⁵⁸ *Ibidem.* p. 33-34.

²⁵⁹ *Ibidem.* p. 35.

²⁶⁰ *Ibidem.* p. 36.

²⁶¹ *Ibidem.* p. 68-69.

corretivo da prisão. Por isso é que o sujeito reincide, porque o Estado danifica o sujeito. E o sujeito volta, não tem alternativa. Quem não tem lugar no mercado normal e legal de trabalho vai procurá-lo no mercado ilegal, porque precisa sobreviver”.²⁶²

E por todas as razões acima expostas, não é duvidoso de que a melhor alternativa para tentar solucionar o problema dos efeitos negativos inerentes aos reincidentes e “a maneira mais segura, porém ao mesmo tempo mais difícil de tornar os homens menos propensos à prática do mal, é aperfeiçoar a educação”.²⁶³

²⁶² SENADO FEDERAL. Senador José Sarney. Atividade legislativa. *Projeto de lei do senado 236 2012*. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=125657&tp=1>>. Acesso em 28 maio 2013.

²⁶³ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Martin Claret, 2006. p. 106.

3 APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO STF, NO STJ E NO TJDF

3.1 APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO STF E NO STJ

Merece observação para a melhor compreensão da abordagem do princípio da insignificância nos tribunais a pesquisa “O Princípio da Insignificância nos crimes contra o patrimônio e contra a ordem econômica: análise das decisões do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça”, do professor Pierpaolo, para verificar como vem sendo interpretado o princípio da bagatela nos tribunais superiores, se tem sido reconhecido ou não, e como estas situações são lidadas, bem como quais os critérios necessários segundo cada tribunal superior.²⁶⁴

A análise cinge-se aos crimes contra o patrimônio nos tribunais superiores, quais sejam o STJ e o STF, em razão da pesquisa posterior no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios acerca do princípio da insignificância no crime de furto, quando o réu é reincidente.

Os pesquisadores utilizaram para a realização da pesquisa acórdãos do Supremo Tribunal Federal compreendidos entre o período de 2004 e 2009, e os acórdãos do Superior Tribunal de Justiça compreendidos entre o período de 2006 e 2010, contudo, com um “recorte aleatório, devido ao grande número de casos”.²⁶⁵

Começando pela análise feita no Supremo Tribunal Federal a pesquisa aponta que entre o período compreendido de 2004 a 2009, invocaram o princípio da insignificância um total de 75 casos.²⁶⁶

Seguindo a evolução das causas que invocam o princípio verifica-se que no ano de 2004 apenas 1 (um) caso invocou o princípio da insignificância e em

²⁶⁴ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *O Princípio da insignificância nos crimes contra o patrimônio e contra a ordem econômica: análise das decisões do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça*. São Paulo: FAPESP, 2012.

²⁶⁵ *Ibidem*.

²⁶⁶ *Ibidem*.

contrapartida não foi reconhecida a sua aplicação. No ano de 2005, em 1 (um) caso foi aplicado o princípio e em outro negado a aplicação.²⁶⁷

Já no ano de 2006 foi reconhecida a aplicação em 2 (dois) casos e também negado no mérito a aplicação em 2 (dois) outros casos, perfazendo um total de 4 (quatro) casos referentes ao princípio no ano de 2006.²⁶⁸

Em 2007 continuou escasso o número de casos envolvendo o princípio em comento, visto que apenas durante todo o ano totalizou apenas 6 (seis) casos, sendo que em 2 (dois) não foi reconhecida a incidência do princípio e em 4 (quatro) foi reconhecida a incidência tanto na liminar como no mérito.²⁶⁹

Percebe-se que a partir do ano de 2008 houve uma significativa evolução do princípio, pois durante todo o ano houve 24 (vinte e quatro) casos envolvendo a insignificância. Onde nesse total não foi reconhecido o princípio em 8 (oito) casos, reconhecido apenas no mérito um total de 12 (doze), e reconhecido tanto no mérito como na liminar um total de 4 (quatro) casos.²⁷⁰

Enquanto que no ano de 2009, houve um total de 38 (trinta e oito) casos, em que a maioria foi reconhecida no mérito (18 (dezoito) casos), e não foi reconhecida em um número de 15 (quinze) casos. E, foi reconhecido apenas na liminar em 1 (um) caso, e tanto no mérito como na liminar em 4 (quatro) casos.²⁷¹

Dessa forma, verifica-se que no Supremo Tribunal Federal, no ano de 2004, não foi concedido a nenhum caso o princípio da insignificância, enquanto que no ano de 2009, foi reconhecido no mérito 54,5% dos casos que envolviam a insignificância e em 33,3% dos casos foi reconhecido o princípio tanto na liminar como no mérito, o que demonstra uma crescente invocação do princípio como também a aplicação deste pelos magistrados.²⁷²

²⁶⁷ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *O Princípio da insignificância nos crimes contra o patrimônio e contra a ordem econômica: análise das decisões do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça*. São Paulo: FAPESP, 2012.

²⁶⁸ *Ibidem*.

²⁶⁹ *Ibidem*.

²⁷⁰ *Ibidem*.

²⁷¹ *Ibidem*.

²⁷² *Ibidem*.

Em contrapartida no Superior Tribunal de Justiça, a pesquisa aponta que entre o período compreendido de 2006 a 2010, invocaram o princípio da insignificância um total de 458 casos.²⁷³

Seguindo a evolução das causas que invocam o princípio verifica-se que no ano de 2006 houve 37 (trinta e sete) casos que invocaram o princípio da insignificância, enquanto que em sua maioria não foi reconhecido o princípio, visto que apenas em 7 (sete) casos foi reconhecida a sua aplicação no mérito. No ano de 2007, houve um pequeno acréscimo, mas ainda surpreende o número dos casos em que não foi reconhecida a insignificância, tendo em vista que de um total de 41 (quarenta e um) casos, apenas em 6 (seis) foi aplicado o instituto, ou seja, em apenas 14,6% dos casos.²⁷⁴

No ano de 2008, verificou-se a tendência em denegar a aplicação do princípio da insignificância, em razão do percentual verificado, qual seja 62,6% dos casos, 42 do total de 67 no qual invocaram o princípio.²⁷⁵

Já no ano de 2009 verificou-se uma aparente inversão dos casos de não reconhecimento e reconhecimento do princípio, o que aparenta não só maior invocação ao princípio como também maior reconhecimento, visto que 72,3% dos casos foi aplicada insignificância, ou seja, do total de 130 (cento e trinta) casos, apenas 36 (trinta e seis) não reconheceu a aplicação do princípio.²⁷⁶

No ano de 2010 foram analisados 183 casos envolvendo o instituto em questão, e em 57,9%, ou seja, em 106 (cento e seis) casos foi reconhecido no mérito o princípio.²⁷⁷

Com base nesses dados verifica-se a crescente evolução da jurisprudência dos tribunais, tendo em vista que com o decorrer dos anos foi reconhecido com maior frequência o princípio da insignificância, tanto pelo Superior Tribunal de

²⁷³ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *O Princípio da insignificância nos crimes contra o patrimônio e contra a ordem econômica: análise das decisões do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça*. São Paulo: FAPESP, 2012.

²⁷⁴ *Ibidem*.

²⁷⁵ *Ibidem*.

²⁷⁶ *Ibidem*.

²⁷⁷ *Ibidem*.

Justiça, que no ano de 2006 reconheceu em apenas 18,9% dos casos, e em 2010 reconheceu em 57,9% dos casos, como também no Supremo Tribunal Federal, visto que de 2004 a 2009 apresentou um crescimento de 54,5% dos casos com reconhecimento do princípio.²⁷⁸

Já com relação aos valores considerados insignificantes nos crimes patrimoniais, a pesquisa apontou que no STF foi reconhecido o princípio em 22 dos 35 casos com valores compreendidos entre 0 e 200 reais. Entretanto, com relação aos valores compreendidos entre 700 e 2.300 reais, foi denegado a aplicação do instituto nos 3 casos os quais invocaram a sua aplicação.²⁷⁹

No STJ, com relação aos valores considerados insignificantes nos crimes patrimoniais, nos casos com valores de 0 a 100 reais, foi reconhecida a aplicação do princípio da insignificância em 186 casos do total de 247 casos, enquanto que com relação aos valores compreendido entre 101 e 200 reais, apenas foi reconhecida a incidência do princípio em 17 casos do total de 57 casos. Já nos valores compreendidos entre 201 e 700 reais, dos 3 casos que invocaram a insignificância, em nenhum foi reconhecida.²⁸⁰

Agora passando para o capítulo da pesquisa do Prof. Pierpaolo acerca dos argumentos utilizados para o reconhecimento ou não do princípio da insignificância verifica-se que tais argumentos se baseiam especificamente em razão de: política criminal, existência de antecedentes, violência ou grave ameaça, valor objetivo da coisa, alta reprovabilidade da conduta, capacidade da vítima e atipicidade.²⁸¹

Por toda a análise acima exposta observa-se que houve um crescimento significativo tanto no STJ como no STF acerca do reconhecimento do princípio da insignificância, o que demonstra uma alteração da jurisprudência durante o período analisado. Observa-se também que de todos os argumentos levantados pelos

²⁷⁸ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *O Princípio da insignificância nos crimes contra o patrimônio e contra a ordem econômica: análise das decisões do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça*. São Paulo: FAPESP, 2012.

²⁷⁹ *Ibidem*.

²⁸⁰ *Ibidem*.

²⁸¹ *Ibidem*.

magistrados ao analisar o reconhecimento ou não princípio, os mais utilizados são o “valor objetivo da coisa” e a “atipicidade”.²⁸²

3.2 APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO TJDF

Partindo para a pesquisa realizada no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (TJDFT), esta teve a finalidade de se verificar como vem sendo enfrentado o princípio da insignificância frente aos casos concretos analisando se o instituto tem sido reconhecido e aplicado aos crimes de furto, e caso contrário o porquê da não incidência, se relacionados a circunstâncias objetivas ou subjetivas.

Em seguida, buscou-se verificar se a reincidência tem prevalecido sob o argumento da impossibilidade de incidência do princípio da insignificância, e quais os argumentos levantados pelos desembargadores para considerar tal circunstância como impeditiva.

Também serão analisados quais os valores considerados insignificantes para o ensejo do princípio da insignificância, bem como as demais circunstâncias objetivas que impossibilitaram a incidência do instituto com sua consequente exclusão de tipicidade.

Para tanto, todos os acórdãos analisados foram de agentes reincidentes, tendo em vista que o objetivo do presente trabalho é verificar o posicionamento dos magistrados na aplicação do princípio da bagatela aos reincidentes, haja vista que existe forte corrente doutrinária que afirma que a utilização da reincidência para impedir a incidência de diversos institutos, dentre eles o princípio em comento, infringe diversos princípios constitucionais e penais.

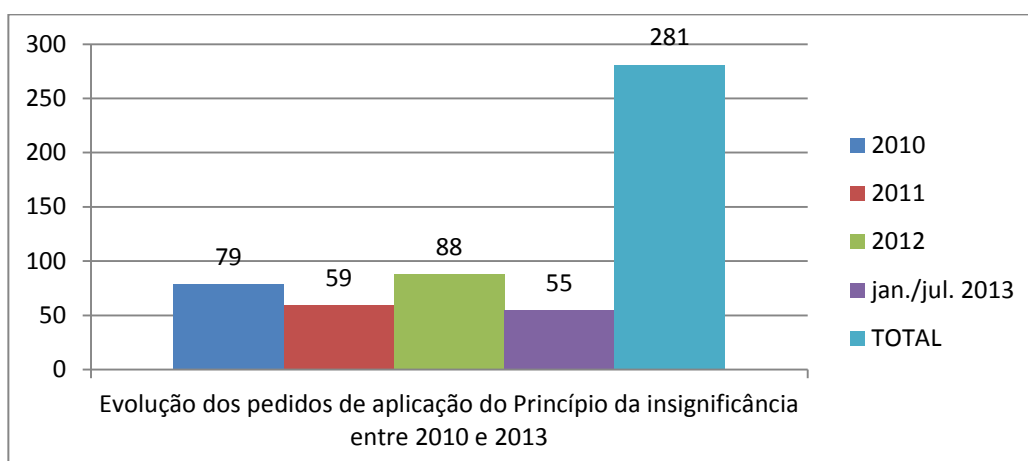
No decorrer da pesquisa verificou-se que além da reincidência ser um forte fator que em grande parte dos casos tem impossibilitado a aplicação da insignificância, outro fator que também obsta tal benesse é o fato de o furto ser qualificado, pois em praticamente 90% dos acórdãos os desembargadores utilizaram tal circunstância para impossibilitar o pleito da insignificância.

²⁸² BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *O Princípio da insignificância nos crimes contra o patrimônio e contra a ordem econômica: análise das decisões do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça*. São Paulo: FAPESP, 2012. p. 81.

Dessa maneira, os critérios utilizados para a pesquisa foram: princípio da insignificância\$ furto\$ reincidência\$. Foram encontrados 463 acórdãos no dia 22/08/2013, no qual só foram analisados os relativos ao período compreendido entre o ano de 2010 e julho de 2013. Importante salientar que mesmo com esse filtro foram encontrados alguns acórdãos acerca de outros crimes diversos do furto, como por exemplo, o roubo e o estelionato, contudo não foram analisados, tendo em vista não fazerem parte do objeto da presente pesquisa. Dessa forma, totalizaram 281 o número de acórdãos analisados.

Importante salientar que para a realização da presente pesquisa apenas foi obtido acesso aos acórdãos publicados no site do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, razão pela qual não houve acesso pormenorizado das peculiaridades dos casos, mas apenas às informações constantes nos acórdãos das ações penais.

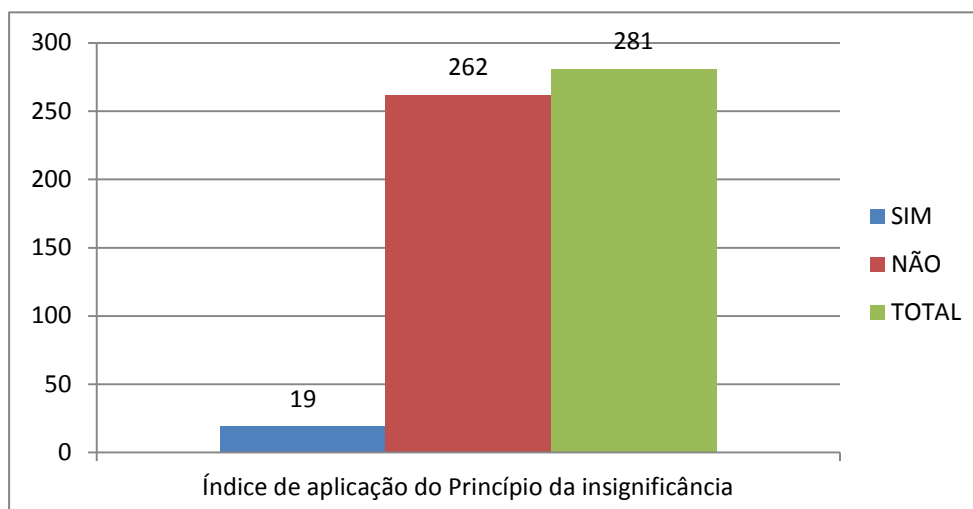
Com relação à evolução dos casos em que foi invocado o princípio da insignificância no crime de furto, entre os anos de 2010 e julho de 2013, os dados foram os demonstrados no gráfico abaixo:



Verifica-se que no ano de 2010 foi invocado o princípio da insignificância em 79 casos, enquanto que no ano de 2011 o número de acórdãos que analisaram o instituto foi 59. Já no ano de 2012, se obteve um aumento considerável, tendo em vista que o número de acórdãos foi 88, enquanto que no ano 2013 no período compreendido entre janeiro e julho, o número chegou a 55 acórdãos.

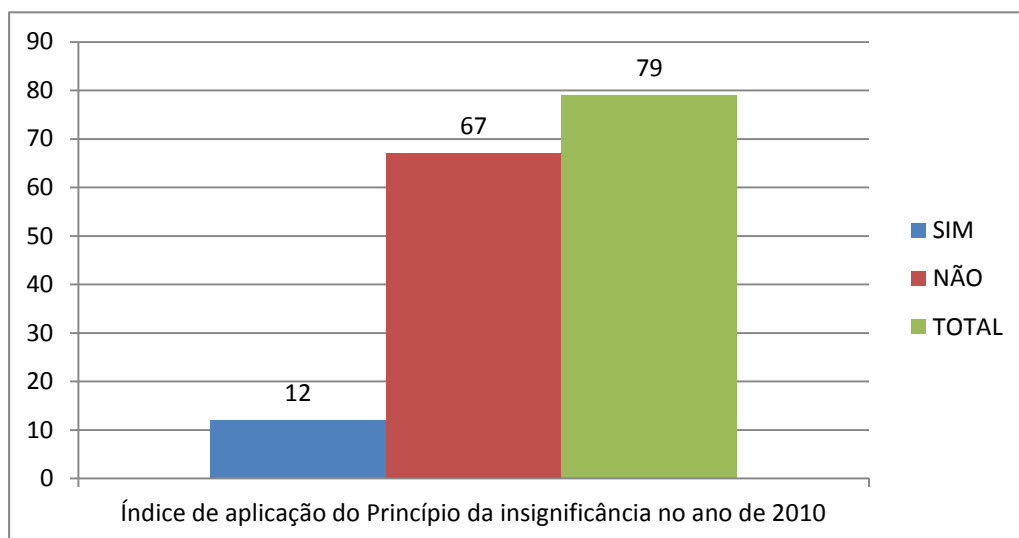
Com base nesses dados, pode-se notar que entre os anos de 2010 a 2013 teve certa evolução considerável, com exceção do ano de 2011 que houve uma diminuição de 20% em relação ao ano anterior. Entretanto, no ano de 2012, se obteve o maior número de acórdãos, o que se verifica um maior requerimento de reconhecimento do princípio da insignificância em caso de réu reincidente. Enquanto que no ano de 2013 verifica-se que o pedido de reconhecimento continua evoluindo, sabendo que só até o mês de julho tiveram 55 casos analisados.

Partindo para o índice de aplicação do Princípio da Insignificância dentre o número de casos analisados, qual seja 281 acórdãos, tem-se que desse total na maioria foi denegada a incidência do instituto como pode se verificar com os dados abaixo.

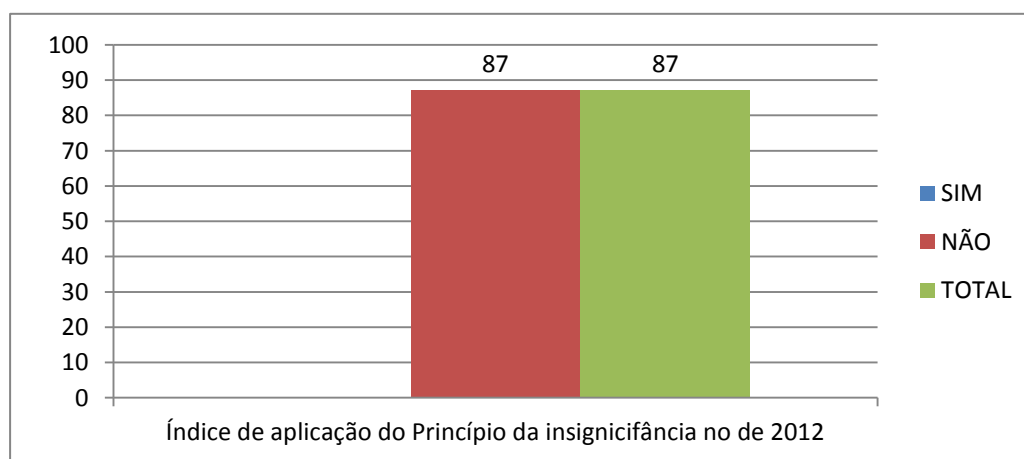
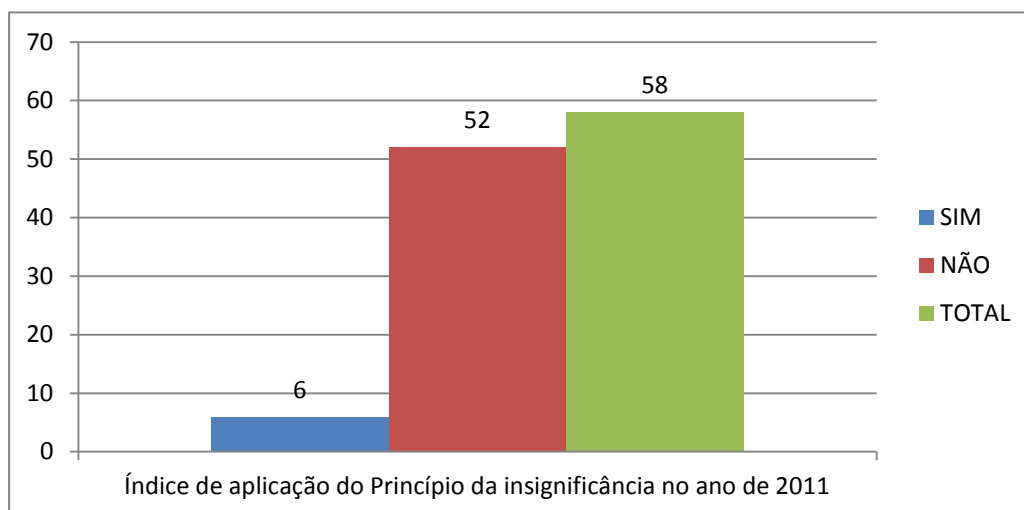


De acordo com os dados do gráfico tem-se que apenas em 19 acórdãos foi aplicado o princípio da insignificância, ou seja, foi rejeitada a incidência do princípio em questão em 262 casos, o que demonstra que nos casos de reincidentes perante o TJDF, o entendimento é pela não aplicação do princípio. Contudo, a reincidência não tem sido o único óbice à aplicação do instituto, mas também outras circunstâncias de caráter objetivo, como se verá mais a frente.

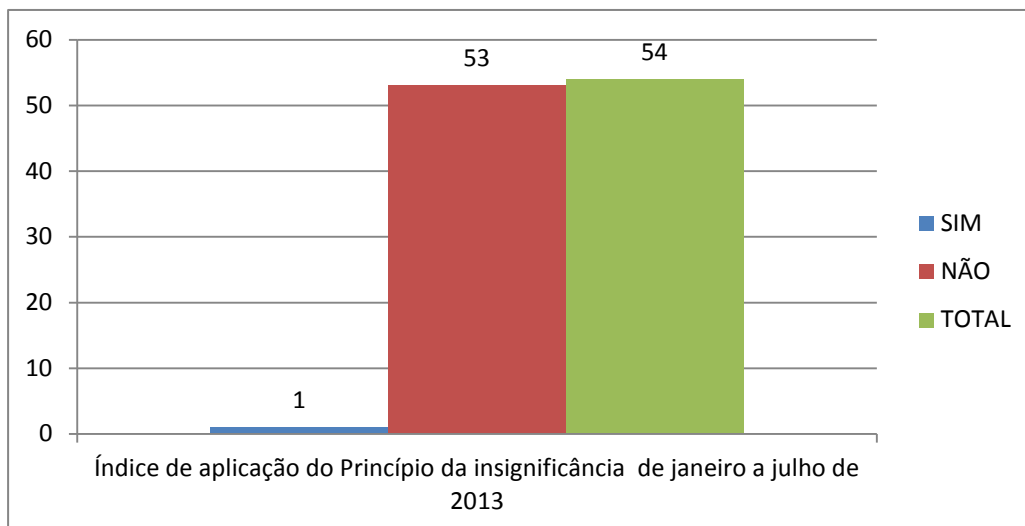
Verifica-se que dentre o número de acórdãos que reconheceram a aplicação do princípio da bagatela, grande parte foi no ano de 2010, visto que conforme os dados do gráfico dos 19 casos em que foi aplicado o princípio da bagatela, 12 foram no ano de 2010.



Já no ano de 2011, foi aplicado o Princípio da insignificância em 6 acórdãos, ao passo que no ano de 2012, dos 87 casos que pleitearam o instituto, em nenhum foi reconhecida a sua incidência.

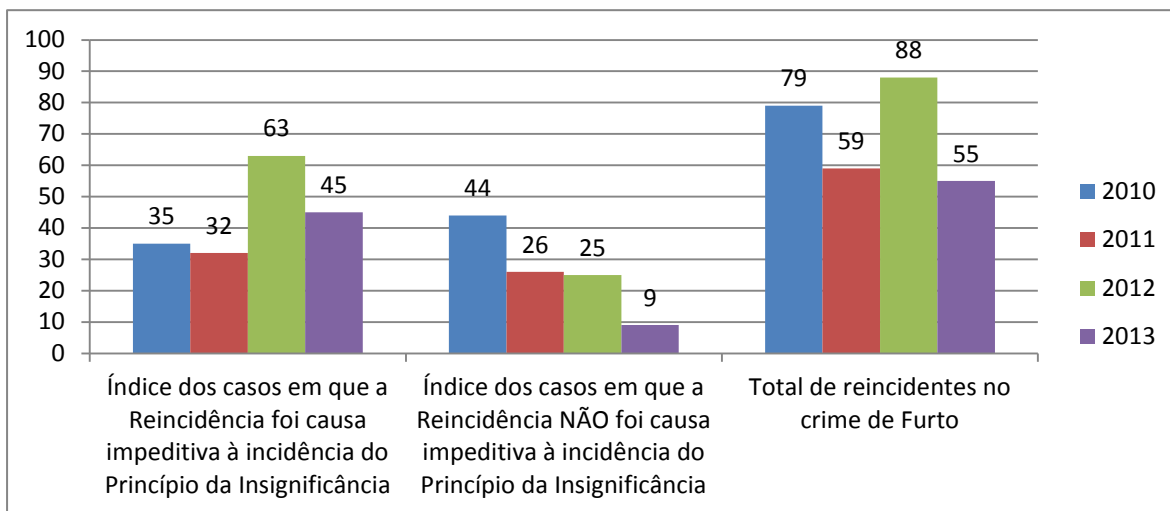


Com relação ao ano de 2013, tem-se entre os meses de janeiro a julho, do total de 54 casos analisados apenas foi reconhecida a incidência da insignificância em 1 caso.



De acordo com os dados da pesquisa verifica-se que em 2010 o reconhecimento da incidência do princípio da insignificância foi consideravelmente maior do que no ano de 2013 (de janeiro a julho), tendo em vista que no ano de 2010 foi aplicado o instituto em 12 acórdãos, ao passo que no ano de 2013 até julho apenas em 1 acórdão.

Dessa forma, se verifica que o reconhecimento do princípio ao invés de obter um aumento, houve uma diminuição relevante, onde é quase nula sua aplicação. Tais dados demonstram que para a incidência da insignificância, com a consequente atipicidade do fato, os desembargadores do TJDFt afirmam a necessidade de certos requisitos tanto objetivos como subjetivos, quer dizer, na grande maioria dos acórdãos a reincidência foi considerada como circunstância que obsta a incidência do princípio da insignificância.



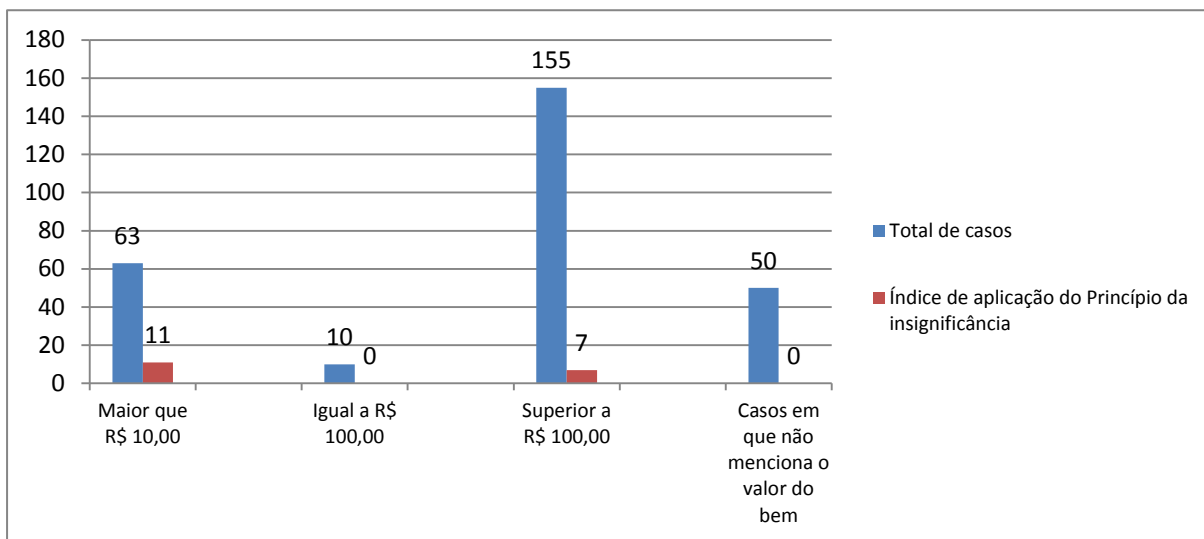
De acordo com os dados do gráfico se verifica que na maioria dos casos, o óbice à incidência do princípio da bagatela foi a circunstância de o agente ser reincidente.

Excetuando o ano de 2010, em que a reincidência em mais da metade dos casos não foi óbice à incidência do princípio da insignificância, e que dentre os casos que se aplicou o princípio obteve o maior número, nos demais anos, quais sejam 2011, 2012 e 2013 a maior parte dos acórdãos denegou a aplicação do instituto em razão do réu ser reincidente.

Tal conclusão se mostra evidente, visto que em 2011 dos 59 reincidentes, apenas em 26 não foi utilizada tal circunstância subjetiva para obstar a incidência do princípio, mas apenas circunstâncias objetivas. Enquanto que no ano de 2012 dos 88 casos apenas em 25 a reincidência não foi óbice à aplicação da insignificância. Ainda se faz interessante ressaltar que no ano de 2012 não foi aplicado o instituto em nenhum caso, e de acordo com os dados do gráfico acima, tal resultado se deu em virtude de os réus serem reincidentes.

Já no ano de 2012 dos 55 reincidentes, apenas em 9 tal circunstância não foi óbice à incidência do instituto em comento. De acordo com esses dados se verifica que com o avançar dos anos a reincidência foi ganhando espaço no TJDF para obstar a incidência da insignificância.

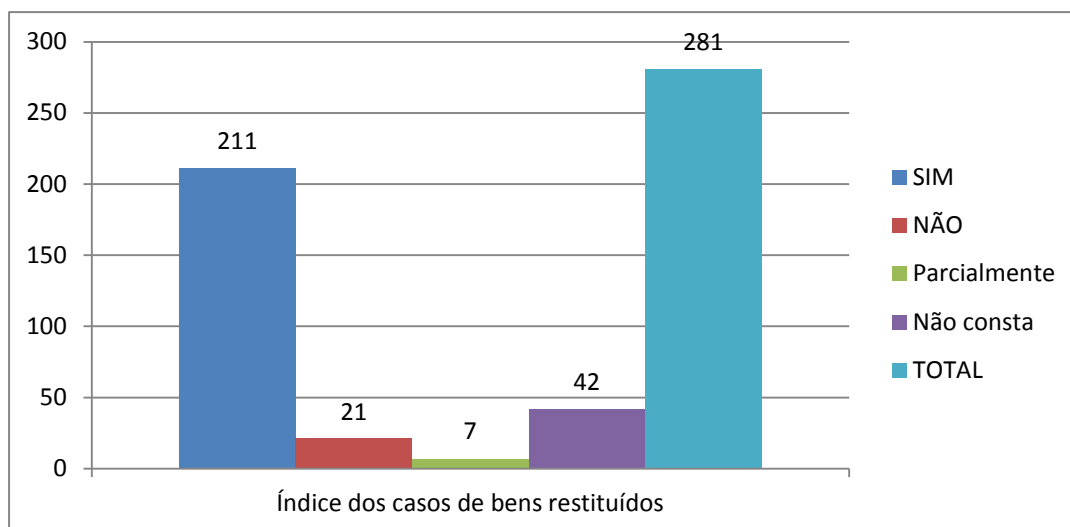
Agora com relação às circunstâncias objetivas que obstaram a incidência do princípio da insignificância, mais especificamente acerca da análise em razão do valor considerado irrelevante, os critérios utilizados foram valores numa escala relacionando valores maiores que R\$ 10,00, valores iguais a R\$ 100,00, e valores superiores a R\$ 100,00, sabendo que o maior valor na qual se pleiteou o reconhecimento da insignificância foi R\$ 6.900,00.



De acordo com os dados do gráfico acima, tem-se que foi pleiteada a aplicação da insignificância com base no valor irrisório do bem subtraído em 63 casos onde o valor variava entre R\$ 10,00 e R\$ 99,00, sendo que dos 19 casos em que foi aplicado o instituto, 11 tiveram os valores entre R\$ 10,00 e R\$ 99,00.

Com relação aos bens com valores iguais a R\$ 100,00 o total de casos analisados foram 10, entretanto em nenhum desses foi deferida a insignificância. E quanto aos bens com valores superiores a R\$ 100,00, sendo que o valor máximo verificado foi R\$ 6.900,00, foi deferida a incidência do princípio em 7 casos do total de 155 acórdãos.

Também se faz importante ressaltar a análise quanto a restituição ou não dos bens subtraídos à vítima.



Como se observa do total de 281 casos analisados, em 211 os bens foram restituídos à vítima entre o período de 2010 a julho de 2013. Enquanto que em apenas 21 casos os bens não foram restituídos, e ainda em 7 foram parcialmente restituídos. Além disso, em 42 casos não foi possível verificar a restituição ou não dos bens, tendo em vista que para a pesquisa foi obtido acesso apenas às informações constantes nos acórdãos das ações penais referentes aos crimes de furto de reincidentes.

Nada obstante o entendimento de alguns magistrados ao afirmarem que a restituição ou não do bem à vítima seria circunstância indiferente para a aplicação do princípio da insignificância, ao analisar todos os casos aqui discutidos foi observado que na maior parte dos casos em que foi aplicado o princípio da insignificância um dos argumentos utilizados para a incidência daquele foi que os bens teriam sido restituídos à vítima, e por consequência esta não teria sofrido prejuízo algum.

Para demonstrar a veracidade de tal afirmação vale a transcrição de trechos dos Acórdãos 525.897, 539.682, 686.450, respectivamente:

“In casu, o objeto do furto foi um triângulo de sinalização fabricado em material tipo PVC, avaliado conforme Laudo de Perícia Criminal (fl. 52) em R\$ 30,00 (trinta reais), valor este considerado ínfimo, bem como foi restituído à vítima conforme Auto de Restituição de fl. 19. Assim, considerando o princípio da insignificância, o caso é de absolvição do apelante.

ISTO POSTO, dou provimento ao recurso para absolver o apelante, nos termos do art. 386, inciso III, do Código de Processo Penal, em decorrência do princípio da insignificância.”²⁸³

“Na hipótese, os bens subtraídos (biscoito, shampoo, condicionador, sabonetes, gelatina) foram avaliados em R\$51,63 (cinquenta e um reais e sessenta e três reais) – fl. 77, o que, de fato, mostra-se de pequeníssima monta, em face da jurisprudência que delimita o quantum pelo salário mínimo. O valor do furto não foi significativo haja vista a condição econômica da vítima, que é um supermercado. Os bens foram restituídos, sem qualquer prejuízo. O crime foi cometido sem violência à pessoa.

Cada caso é um caso. E, no presente, o direito de punir torna-se tão desproporcional em face do valor ínfimo do bem e da lesão provocada que justifica a não intervenção do Estado. Como consignou no HC 92.364/RS o Ministro Ricardo Lewandowski, “... a condenação imposta ao paciente não se mostra consentânea com a proporcionalidade que a resposta penal deve guardar relativamente ao delito...”.

Diante da ínfima lesividade no caso concreto, a despeito das condições subjetivas desfavoráveis, reconheço a atipicidade do fato. Princípios basilares do direito penal e da Constituição Federal, como o da ofensividade, da dignidade humana e da razoabilidade, restariam malferidos como instrumentos norteadores do aplicador de direito.”²⁸⁴

“No caso em análise, foram subtraídos objetos cujo valor equivale à metade do salário mínimo vigente à época dos fatos, ocorridos há quase 04 (quatro) anos.

Ademais, a conduta da Apelante não possui alto grau de reprovabilidade, não foi ofensiva, tampouco perigosa às vítimas. Às

²⁸³ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. *Acórdão 525.897*. Rel. Desembargador Silvânio Barbosa dos Santos, Segunda Turma, julgado em 14 jul. 2011. Brasília, 23 ago. 2011. Disponível em: <http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?tipoDeData=DataPublicacao&tokenDePaginacao=1&camposSelecioneados=Espelho&tipoDeNumero=NumAcordao&visaoid=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&quantidadeDeRegistros=20&baseDados=BASE_ACORDAOS&baseDados=BASE_HISTORICA&baseDados=TURMAS_RECURSAIS&baseDados=SUMULAS&idDoUsuarioDaSessao=&skin=&argumentoDePesquisa=525.897&nomeDaPagina=buscaLivre&enderecoDoServlet=sistj&internet=1&tipoDeRelator=Relator&visaoAnterior=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&comando=pesquisar&controladorId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.ControladorBuscaAcordao&COMMAND=ok>. Acesso em: 21 set. 2013.

²⁸⁴ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. *Acórdão 539.682*. Rel. Desembargadora Sandra de Santis, Primeira Turma, julgado em 22 set. 2011. Brasília, 07 out. 2011. Disponível em: <http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?controladorId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.ControladorBuscaAcordao&enderecoDoServlet=sistj&tipoDeNumero=NumAcordao&baseDados=BASE_ACORDAOS&baseDados=BASE_HISTORICA&baseDados=TURMAS_RECURSAIS&baseDados=SUMULAS&internet=1&tokenDePaginacao=1&tipoDeData=DataPublicacao&comando=pesquisar&visaoAnterior=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=buscaLivre&visaoid=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&skin=&idDoUsuarioDaSessao=&tipoDeRelator=Relator&camposSelecioneados=Espelho&COMMAND=ok&argumentoDePesquisa=539.682&quantidadeDeRegistros=20>. Acesso em: 21 set. 2013.

fls. 21/22 constam Termos de Restituição comprovando que os bens foram devolvidos às empresas vítimas.”²⁸⁵

Após a análise desses dados da pesquisa no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, tem-se que os argumentos utilizados para obstar à incidência do princípio da insignificância não são uníssonos, tampouco consistentes, tendo em vista que por diversas vezes acórdãos ora utilizaram a reincidência para impossibilitar a aplicação do instituto em questão, e ora afirmaram que a reincidência por si só não seria capaz de obstar a aplicação daquele, pois quando presentes os demais requisitos objetivos, como por exemplo, o valor do bem subtraído, e também os outros critérios fixados pelo STF como, mínima ofensividade da conduta, inexpressividade da lesão jurídica provocada e reduzido grau de reprovabilidade do comportamento do agente seria perfeitamente possível à incidência do Princípio da insignificância.

Para verificar tal impasse basta analisar alguns dos acórdãos do TJDF:

“Valor insignificante, réu primário e ainda que fosse reincidente não seria causa impeditiva: “De toda sorte, destaco que, ainda que se tratasse de réu reincidente, não estaria vedada a absolvição pelo princípio da insignificância, posto que esta demanda apreciação episódica do fato. Neste liame, registro que o colendo SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA vem entendendo que reincidência e maus antecedentes não são capazes de obstar a incidência do instituto em questão”. [...] Desta feita, diante do valor ínfimo subtraído e do desvalor da ação do acusado que, apesar de ser formalmente típica, prescinde de tipicidade material, conforme a teoria da tipicidade conglobante, faz-se imperiosa a incidência do princípio da insignificância.”²⁸⁶

²⁸⁵ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. *Acórdão 686.450*. Rel. Desembargador João Timóteo de Oliveira, Segunda Turma, julgado em 13 jun. 2013. Brasília, 26 jun. 2013. Disponível em: <http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?tipoDeNumero=NumAcordao&enderecoDoServlet=sistj&comando=pesquisar&tokenDePaginacao=1&camposSelecioneados=Espelho&tipoDeData=DataPublicacao&argumentoDePesquisa=686.450&visaoAnterior=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&controladorId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.ControladorBuscaAcordao&COMMAND=ok&tipoDeRelator=Relator&skin=&internet=1&nomeDaPagina=buscaLivre&quantidadeDeRegistros=20&baseDados=BASE_ACORDAOS&baseDados=BASE_HISTORICA&baseDados=TURMAS_RECURSAIS&baseDados=SUMULAS&idDoUsuarioDaSessao=>>. Acesso em: 21 set. 2013.

²⁸⁶ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. *Acórdão 539.571*. Rel. Desembargador Silvânio Barbosa dos Santos, Câmara Criminal, julgado em 05 set. 2011. Brasília, 06 out. 2011. Disponível em: <<http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?tipoDeRelator=Relator&visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao>>.

“Para a configuração do princípio da insignificância, além da inexpressividade da lesão ao bem juridicamente tutelado, necessária a presença cumulativa de outros requisitos consagrados na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, quais sejam, ofensividade mínima da conduta do agente, ausência de periculosidade social da ação e reduzido grau de reprovabilidade do comportamento do agente. Por fim, não soa ruim consignar que a existência de condições pessoais desfavoráveis, tais como maus antecedentes, reincidência ou ações penais em curso, não impede a aplicação do princípio da insignificância.”²⁸⁷

Se faz interessante demonstrar a inconsistência do posicionamento dos desembargadores do TJDF até mesmo ao analisar acórdãos publicados com apenas um dia de intervalo, pois neste intervalo de 1 dia foi possível verificar mudança de entendimento quando se fala em réus reincidentes para a aplicação o princípio da insignificância, para demonstrar tal observação vale transcrever trechos dos acórdãos:

“Um dos fundamentos perfilhados pelo d. julgador singular para rejeitar a tese de atipicidade da conduta reside no fato de tratar-se de réu reincidente.

O colendo SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, pelo menos pela sua d. 5ª Turma, vem entendendo que reincidência e maus antecedentes não são capazes de obstar a incidência do instituto em questão. [...] O réu deve ser absolvido.”²⁸⁸

VisaoBuscaAcordao&controladorId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.Contr oladorBuscaAcordao&endereçoDoServlet=sistj&internet=1&tokenDePaginacao=1&baseDados=BA SE_ACORDAOS&baseDados=BASE_HISTORICA&baseDados=TURMAS_RECURSAIS&baseDa dos=SUMULAS&COMMAND=ok&skin=&argumentoDePesquisa=539.571&camposSelecionados= Espelho&visaoAnterior=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcord ao&comando=pesquisar&quantidadeDeRegistros=20&tipoDeNumero=NumAcordao&tipoDeData= DataPublicacao&idDoUsuarioDaSessao=&nomeDaPagina=buscaLivre>.. Acesso em: 21 set. 2013.

²⁸⁷ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. *Acórdão 459.003*. Rel. Desembargador Silvânio Barbosa dos Santos, Segunda Turma, julgado em 21 out. 2010. Brasília, 05 nov. 2011. Disponível em: <http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?tipoDeRelator=Relator&visaoid=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&controladorId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.Contr oladorBuscaAcordao&endereçoDoServlet=sistj&internet=1&tokenDePaginacao=1&baseDados=BA SE_ACORDAOS&baseDados=BASE_HISTORICA&baseDados=TURMAS_RECURSAIS&baseDa dos=SUMULAS&COMMAND=ok&skin=&argumentoDePesquisa=459.003&camposSelecionados= Espelho&visaoAnterior=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcord ao&comando=pesquisar&quantidadeDeRegistros=20&tipoDeNumero=NumAcordao&tipoDeData= DataPublicacao&idDoUsuarioDaSessao=&nomeDaPagina=buscaLivre>. Acesso em: 21 set. 2013.

²⁸⁸ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. *Acórdão 458.996*. Rel. Desembargador Silvânio Barbosa dos Santos, Segunda Turma, julgado em 21 out. 2010. Brasília, 05 nov. 2010. Disponível em: <http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?tipoDeData=DataPublicacao&tokenDePaginacao=1&camposSelecionados=Espelho&tipo DeNumero=NumAcordao&visaoid=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.Visao BuscaAcordao&quantidadeDeRegistros=20&baseDados=BASE_ACORDAOS&baseDados=BASE>.

“Por isto, ao analisar se a conduta é de somenos importância, a ponto de afastar a tipicidade, é mister observar os parâmetros traçados pelo artigo 59 do Código Penal, que, no caso, se mostram desfavoráveis ao acusado. Os antecedentes penais do apelante (folhas 130/135) mostram ser o mesmo voltado para crimes contra o patrimônio, inclusive, com condenações definitivas. Portanto, o fato descrito nos autos não foi um acontecimento isolado em sua vida; pelo contrário, indica reiteração da conduta delitiva, não podendo ser considerada penalmente irrelevante.

A reincidência específica e a existência de condenação definitiva posterior por crime contra patrimônio impedem o reconhecimento do princípio da insignificância, sob pena de conferir estímulo à contumácia delitiva.”²⁸⁹

Também é possível verificar a incoerência existente quanto aos critérios necessários para a caracterização da insignificância ao analisar os valores considerados irrelevantes para o direito penal, pois por diversas vezes os desembargadores ora utilizam valores como sendo insignificantes e ora utilizam os mesmos valores para afirmar que estes não poderiam ser considerados insignificantes o suficiente para ensejar um valor ínfimo ao ponto de ser tido como bagatela.

Como exemplo tem-se o acórdão nº 693.387 que considerou o valor de R\$ 57,00 como sendo irrelevante, e de modo diverso no acórdão nº 668.551 foi considerado o valor de R\$ 40,00, em que mesmo sendo menor do que o valor citado anteriormente como relevante. Da mesma maneira, no acórdão nº 584.385 foi considerado que o valor de R\$ 100,00 era relevante, contudo após mais ou menos uma semana, esse mesmo valor foi considerado insignificante, como se observa no acórdão 586.673.

_HISTORICA&baseDados=TURMAS_RECURSAIS&baseDados=SUMULAS&idDoUsuarioDaSessao=&skin=&argumentoDePesquisa=458.996&nomeDaPagina=buscaLivre&enderecoDoServlet=sistj&internet=1&tipoDeRelator=Relator&visaoAnterior=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&comando=pesquisar&controladorId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.ControladorBuscaAcordao&COMMAND=ok>. Acesso em: 21 set. 2013.

²⁸⁹ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. *Acórdão 458.165*. Rel. Desembargador George Lopes Leite, Primeira Turma, julgado em 14 out. 2010. Brasília, 04 nov. 2010. Disponível em: <http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?tipoDeData=DataPublicacao&nomeDaPagina=buscaLivre&internet=1&idDoUsuarioDaSessao=&baseDados=BASE_ACORDAOS&baseDados=BASE_HISTORICA&baseDados=TURMAS_RECURSAIS&baseDados=SUMULAS&argumentoDePesquisa=458.165&visaoAnterior=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&camposSelecioneados=Espelho&COMMAND=ok&skin=&controladorId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.ControladorBuscaAcordao&comando=pesquisar&tipoDeNumero=NumAcordao&enderecoDoServlet=sistj&tipoDeRelator=Relator&visaoid=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&quantidadeDeRegistros=20&tokenDePaginacao=1>. Acesso em: 21 set. 2013.

Nesse mesmo sentido existem diversos acórdãos no TJDF, e por conta da tamanha divergência existente, se mostra praticamente impossível encontrar um parâmetro para os valores possíveis de serem considerados irrelevantes.

Interessante se faz salientar que dentre os 19 casos em que foi aplicado o princípio da insignificância, o menor valor considerado ínfimo foi R\$ 20,00, mesmo tendo outros valores menores que este, mas que não foi aplicado o instituto, e o maior valor do bem na qual também foi considerado irrelevante foi R\$ 346,00.

Existe também posicionamento perante o TJDF no sentido de que o salário mínimo seria o parâmetro para a aplicação do princípio da insignificância, sendo que valores maiores do que o salário mínimo vigente na época dos fatos impossibilitaria a incidência do instituto em razão do valor ser considerado relevante.

“É cediço que o salário mínimo é o parâmetro utilizado para a incidência ou não do princípio da insignificância, considerando o caso concreto. No caso em análise, os bens furtados somam valores irrisórios para referidos estabelecimentos, não podendo o direito penal ocupar-se de crimes de bagatela.”²⁹⁰

Dessa forma, tais posicionamentos contraditórios ferem o princípio da legalidade estrita em razão deste estar relacionado à atipicidade do fato, que é a consequência da aplicação do princípio da bagatela, tendo em vista a fragilidade existente em nossos tribunais ao julgarem o que pode ser considerado insignificante ou não, demonstrando uma inconsistência quanto aos seus critérios necessários.

Em consequência dessa dissonância existente entre os julgados surge a insegurança jurídica para a sociedade, tendo em vista que além da necessidade de demonstrar a irrelevância do fato com todas as suas peculiaridades, ao buscar a incidência do Princípio da insignificância também é necessário “sorte”, pois de

²⁹⁰ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. *Acórdão 686.450*. Rel. Desembargador João Timóteo de Oliveira, Segunda Turma, julgado em 13 jun. 2013. Brasília, 26 jun. 2013. Disponível em: <http://pesquisajuris.tjdf.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?tipoDeNumero=NumAcordao&endereçoDoServlet=sistj&comando=pesquisar&tokenDePaginacao=1&camposSelecioneados=Espelho&tipoDeData=DataPublicacao&argumentoDePesquisa=686.450&visaoAnterior=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&visaoid=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&controladorId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.ControladorBuscaAcordao&COMMAND=ok&tipoDeRelator=Relator&skin=&internet=1&nomeDaPagina=buscaLivre&quantidadeDeRegistros=20&baseDados=BASE_ACORDAOS&baseDados=BASE_HISTORICA&baseDados=TURMAS_RECURSAIS&baseDados=SUMULAS&idDoUsuarioDaSessao=>>. Acesso em: 21 set. 2013.

acordo com a análise dos casos entre os anos de 2010 a julho de 2013, verificou-se que em casos semelhantes, quer dizer, situações em que os réus eram reincidentes e os valores considerados ínfimos, como também presente os demais requisitos da mínima ofensividade, ausência de periculosidade, reduzido grau de reprovabilidade e inexpressividade da lesão jurídica provocada houve deferimento em certos casos e indeferimento noutros sob o argumento ora que a reincidência obstaría a insignificância e noutro que não era impeditiva.

CONCLUSÃO

Inicialmente, ficou demonstrado no trabalho o conceito de princípio da insignificância de acordo com o entendimento jurisprudencial e doutrinário, como sendo uma causa excludente de tipicidade, uma vez que ausente um requisito da tipicidade penal. Verificou-se que a tipicidade penal exige além da tipicidade formal, a tipicidade material.

A tipicidade formal ocorre quando há a subsunção do fato à norma, ou seja, quando o agente pratica um fato definido como crime. Enquanto que a tipicidade material ocorre quando o fato praticado cause ofensa relevante ao bem jurídico protegido, ou seja, quando o fato provoque uma ofensividade suficiente para ensejar a incidência do Direito Penal.

Dessa forma, quando ausente a tipicidade material, em razão da irrelevância do fato haverá a aplicação do princípio da insignificância, e por consequência o fato será atípico.

Ademais, ficou demonstrado que o princípio da insignificância possui respaldo em outros princípios do Direito Penal, quais sejam os princípios da fragmentariedade, da subsidiariedade, da intervenção mínima e da lesividade. Tais princípios disciplinam, em suma, que o Direito Penal apenas deve incidir com suas fortes armas sancionatórias quando a lesão causada pelo fato criminoso seja relevante, uma lesão significativa, pois o Direito Penal não deve se ocupar de bagatelas, sua atuação será apenas em *ultima ratio*, e somente quando os outros ramos do direito não sejam suficientes para solucionar o problema.

Ainda no primeiro capítulo, verificou-se que princípio da insignificância foi inserido no anteprojeto do novo Código Penal, qual seja o Projeto de Lei do Senado 236 de 2012. Nada obstante, diversas foram as críticas de doutrinadores renomados acerca da maneira como o princípio da insignificância foi colocado no anteprojeto, haja vista os critérios utilizados para que o fato seja considerado insignificante, não poder ser posto taxativamente, pois o tornaria inviável, em razão de vivermos numa mutação social.

Assim, após algum tempo seria impossível a utilização do princípio, pois os requisitos taxados não serão mais os adequados futuramente. Segundo os críticos para a aplicação do princípio da insignificância é necessário que seja analisado o caso concreto não sendo necessária a sua positivação.

Em seguida no segundo capítulo, foi mencionado o conceito de reincidência conforme a disposição do art. 63 do Código Penal, em que estabelece que será considerado reincidente quem comete novo crime no Brasil ou no exterior depois de transitada a sentença condenatória por um crime anterior.

A reincidência se difere da primariedade e dos antecedentes criminais, sendo que na primariedade o agente pode ter cometido vários crimes, entretanto não existe nenhuma sentença condenatória transitada em julgado. Já nos antecedentes criminais verificou-se que o agente pode ter bons ou maus antecedentes, sendo que terá bons antecedentes quando não tenha sentença condenatória transitada em julgado e terá maus antecedentes quando possua sentença condenatória transitada em julgado.

Ademais, verificou-se também que a reincidência não se restringe ao agravamento da pena, pois impossibilita a incidência de diversos benefícios previstos no Código Penal, como por exemplo, a suspensão condicional da pena, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, a concessão de fiança na prisão em flagrante.

Além da impossibilidade de usufruir dos benefícios do Código Penal, o reincidente também sofre efeitos negativos pelo comportamento da sociedade, tendo em vista que esta rotula o reincidente como criminoso. Tal rotulação dificulta até mesmo a ressocialização do agente, que diante da rotulação se sente inferior e incapacitado em relação às pessoas “normais”, em razão de a etiqueta ter um caráter irreversível.

No terceiro capítulo foi demonstrado como os tribunais têm aplicado o princípio da insignificância em caso de réu reincidente. Os dados foram obtidos através da pesquisa “O Princípio da Insignificância nos crimes contra o patrimônio e contra a ordem econômica: análise das decisões do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça” do professor Pierpaolo. A análise do presente trabalho

se restringiu aos crimes patrimoniais. No STF a pesquisa compreendeu o período de 2005 a 2009, e no STJ a pesquisa compreendeu o período de 2006 a 2010.

Verificou-se que tanto no STF como no STJ houve um crescimento significativo quanto ao reconhecimento do princípio da insignificância. E quando não reconhecida insignificância os argumentos utilizados para impossibilitá-la foram os antecedentes do agente, o valor do bem, a alta reprovabilidade da conduta.

Com relação à pesquisa realizada no TJDFT quanto aos crimes de furto praticados por reincidentes foi especificado o lapso temporal compreendido entre 2010 e julho de 2013 para a busca de dados. Verificou-se que ao contrário dos dados relativos ao STF e ao STJ, no TJDFT não houve um crescimento quanto à incidência do princípio da insignificância aos réus reincidentes no crime de furto.

Do total de 281 acórdãos analisados, apenas foi aplicado o princípio da insignificância em 19, sendo importante mencionar que desse total 12 acórdãos reconheceram a insignificância em 2010.

Dessa forma, foi demonstrado que ao avançar dos anos aumentaram os pedidos de incidência do princípio da insignificância, em contrapartida diminuíram os casos em que obtiveram a sua incidência.

Dentre os argumentos utilizados para obstar a aplicação do instituto em questão se destacou uma circunstância subjetiva, qual seja a reincidência, pois em média 90% dos casos analisados tal circunstância foi óbice à configuração do delito bagatela. Nos demais casos em que não foi reconhecido o instituto, os argumentos utilizados foram o valor do bem, o furto ser qualificado, bem como a não incidência dos requisitos especificados pelo Min. Celso de Mello do STF, quais sejam a mínima ofensividade da conduta, o reduzido grau de reprovabilidade, a inexpressividade da lesão jurídica provocada e periculosidade do agente.

Assim, nada obstante os argumentos utilizados para impossibilitar a aplicação do princípio da insignificância, nos casos em que foi aplicado o instituto, um dos argumentos utilizados para possibilitá-lo foi no sentido de que a reincidência não seria óbice para a incidência da insignificância. E mesmo em outros casos em que não foi reconhecido o instituto, foram encontrados argumentos no mesmo

sentido, ou seja, a reincidência não seria óbice por ser circunstância subjetiva, mas apenas as circunstâncias objetivas poderiam impossibilitar a incidência do princípio da insignificância.

Foi verificado inclusive, uma divergência com relação aos valores considerados insignificantes, posto que em um certo momento um valor foi considerado insignificante, e em mais ou menos dois dias depois o mesmo valor foi considerado relevante, fato este que não foi isolado, pois se repetiu por diversas vezes.

Dessa maneira, verificou-se que os argumentos utilizados para obstar a incidência do princípio da insignificância, dentre eles a reincidência, se mostraram inconsistentes, tendo em vista a divergência encontrada na pesquisa supracitada. E por consequência dessa divergência, se mostra cada vez mais difícil encontrar quais os requisitos necessários para a incidência do instituto.

REFERÊNCIAS

- ASSIS, Rafael Damaceno de. O estudo da reincidência criminal frente aos aspectos técnico-jurídicos. *Revista Jurídica*, ano 55, n. 362, p. 111-124, dez. 2007.
- BARBOSA JÚNIOR, Salvador José. *et al.* Breves anotações do princípio da insignificância. *Revista IOB de Direito Penal e Processo Penal*, ano 7, n.41, p. 28-41, dez./jan. 2007.
- BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.
- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Editora Martin Claret, 2006.
- BERLA, Gabriel Vieira. Reincidência: uma perspectiva crítica de um instituto criminológico. *Revista brasileira de ciências criminais*, ano 18, n. 82, p. 195-335, jan./fev. 2010.
- BISSOLI FILHO, Francisco. *Estigmas da criminalização: dos antecedentes à reincidência criminal*. 1998. Editora: Obra Jurídica.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*, 1. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *O Princípio da insignificância nos crimes contra o patrimônio e contra a ordem econômica: análise das decisões do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça*. São Paulo: FAPESP, 2012.
- BRASIL. *Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Rio de Janeiro. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 15 maio 2013.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Aplicação do princípio da insignificância ainda desafia ministros do STJ*. Brasília, 12 maio 2013. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=109585>. Acesso em 17 maio 2013.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas-Corpus nº 175.945/MT*. Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 02 abr. 2013. Brasília, 09 abr. 2013. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?newsession=yes&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&livre=HC%20175945>. Acesso em 21 jun. 2013.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC 238998 / SP*. Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 21 mar. 2013. Brasília, 02 abr. 2013. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?newsession=yes&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&livre=hc%20238998>. Acesso em 21 jun. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Notícias do STF: STF declara constitucionalidade da reincidência como agravante da pena*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=235084&caixaBusca=N>>. Brasília, 04 abr 2013. Acesso em: 02 set. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 109134/RS*. Rel. Min. Ayres Britto, Segunda Turma, julgado em 13 ago. 2011. Brasília, 01 mar. 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC+109134%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/pvj8dsc>>. Acesso em: 30 ago. 2013.

BRUTTI, Roger Spode. O princípio da insignificância frente ao Poder discricionário do delegado de polícia. *Revista IOB de Direito penal e processo penal*, ano 7, n. 41, p. 7-27, dez/jan.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números*. Brasília, 2013. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisasjudiciarias/Publicacoes/rel_completo_estadual.pdf>. Acesso em: 15 maio 2013.

DISTIRTO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. *Acórdão nº 466.990*. Rel. Desembargador Arnaldo Camanho de Assis, Segunda Turma, julgado em 11 nov. 2010. Brasília, 01 dez. 2010. Disponível em <http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?tipoDeData=DataPublicacao&tokenDePaginacao=1&camposSelecionados=Espelho&tipoDeNumero=NumAcordao&visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&quantidadeDeRegistros=20&baseDados=BASE_ACORDAOS&baseDados=BASE_HISTORICA&baseDados=TURMAS_RECURSAIS&baseDados=SUMULAS&idDoUsuarioDaSessao=&skin=&argumentoDePesquisa=466.990&nomeDaPagina=buscaLivre&enderecoDoServlet=sistj&internet=1&tipoDeRelator=Relator&visaoAnterior=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&comando=pesquisar&controladorId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.ControladorBuscaAcordao&COMMAND=ok>. Acesso em 21 set. 2013.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. *Acórdão 602.030*. Rel. Desembargador Silvânio Barbosa dos Santos, Segunda Turma, julgado em 28 jun. 2013. Brasília, 07 jul. 2012. Disponível em: <http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?internet=1&visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&argumentoDePesquisa=602.030+&tokenDePaginacao=1&camposSelecionados=Espelho&tipoDeData=DataPublicacao&idDoUsuarioDaSessao=&quantidadeDeRegistros=20&visaoAnterior=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&skin=&nomeDaPagina=buscaLivre&controladorId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.ControladorBuscaAcordao&tipoDeRelator=Relator&enderecoDoServlet=sistj&comando=pesquisar&COMMAND=ok&baseDados=BASE_ACORDAOS&baseDados=BASE_HISTORICA&baseDados=TURMAS_RECURSAIS&baseDados=SUMULAS&tipoDeNumero=NumAcordao>. Acesso em: 27 ago. 2013.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. *Acórdão nº 391.691*. Rel. Desembargador Edson Alfredo Smaniotto, Primeira Turma, julgado em 22 out. 2009. Brasília, 11 jan. 2010. Disponível em:
 <http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?tipoDeNumero=NumAcordao&tokenDePaginacao=1&COMMAND=ok&skin=&comando=pesquisar&idDoUsuarioDaSessao=&visaold=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&controladorId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.ControladorBuscaAcordao&visaoAnterior=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&baseDados=BASE_ACORDAOS&baseDados=BASE_HISTORICA&baseDados=TURMAS_RECURSAIS&baseDados=SUMULAS&tipoDeRelator=Relator&argumentoDePesquisa=391.691&nomeDaPagina=buscaLivre&internet=1&camposSelecioneados=Espelho&tipoDeData=DataPublicacao&quantidadeDeRegistros=20&enderecoDoServlet=sistj>. Acesso em 23 set. 2013.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. *Acórdão 525.897*. Rel. Desembargador Silvânio Barbosa dos Santos, Segunda Turma, julgado em 14 jul. 2011. Brasília, 23 ago. 2011. Disponível em:
 <http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?tipoDeData=DataPublicacao&tokenDePaginacao=1&camposSelecioneados=Espelho&tipoDeNumero=NumAcordao&visaold=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&quantidadeDeRegistros=20&baseDados=BASE_ACORDAOS&baseDados=BASE_HISTORICA&baseDados=TURMAS_RECURSAIS&baseDados=SUMULAS&idDoUsuarioDaSessao=&skin=&argumentoDePesquisa=525.897&nomeDaPagina=buscaLivre&enderecoDoServlet=sistj&internet=1&tipoDeRelator=Relator&visaoAnterior=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&comando=pesquisar&controladorId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.ControladorBuscaAcordao&COMMAND=ok>. Acesso em: 21 set. 2013.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. *Acórdão 539.682*. Rel. Desembargadora Sandra de Santis, Primeira Turma, julgado em 22 set. 2011. Brasília, 07 out. 2011. Disponível em:
 <http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?controladorId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.ControladorBuscaAcordao&enderecoDoServlet=sistj&tipoDeNumero=NumAcordao&baseDados=BASE_ACORDAOS&baseDados=BASE_HISTORICA&baseDados=TURMAS_RECURSAIS&baseDados=SUMULAS&internet=1&tokenDePaginacao=1&tipoDeData=DataPublicacao&comando=pesquisar&visaoAnterior=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=buscaLivre&visaold=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&skin=&idDoUsuarioDaSessao=&tipoDeRelator=Relator&camposSelecioneados=Espelho&COMMAND=ok&argumentoDePesquisa=539.682&quantidadeDeRegistros=20>. Acesso em: 21 set. 2013.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. *Acórdão 686.450*. Rel. Desembargador João Timóteo de Oliveira, Segunda Turma, julgado em 13 jun. 2013. Brasília, 26 jun. 2013. Disponível em:
 <<http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?tipoDeNumero=NumAcordao&enderecoDoServlet=sistj&comando=pesquis>

ar&tokenDePaginacao=1&camposSelecionados=Espelho&tipoDeData=DataPublicacao&argumentoDePesquisa=686.450&visaoAnterior=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&visaoid=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&controladorId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.ControladorBuscaAcordao&COMMAND=ok&tipoDeRelator=Relator&skin=&internet=1&nomeDaPagina=buscaLivre&quantidadeDeRegistros=20&baseDados=BASE_ACORDAOS&baseDados=BASE_HISTORICA&baseDados=TURMAS_RECURSAIS&baseDados=SUMULAS&idDoUsuarioDaSessao=>. Acesso em: 21 set. 2013.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. *Acórdão 539.571*. Rel. Desembargador Silvânio Barbosa dos Santos, Câmara Criminal, julgado em 05 set. 2011. Brasília, 06 out. 2011. Disponível em: <http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?tipoDeRelator=Relator&visaoid=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&controladorId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.ControladorBuscaAcordao&enderecoDoServlet=sistj&internet=1&tokenDePaginacao=1&baseDados=BASE_ACORDAOS&baseDados=BASE_HISTORICA&baseDados=TURMAS_RECURSAIS&baseDados=SUMULAS&COMMAND=ok&skin=&argumentoDePesquisa=539.571&camposSelecionados=Espelho&visaoAnterior=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&comando=pesquisar&quantidadeDeRegistros=20&tipoDeNumero=NumAcordao&tipoDeData=DataPublicacao&idDoUsuarioDaSessao=&nomeDaPagina=buscaLivre>.. Acesso em: 21 set. 2013.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. *Acórdão 459.003*. Rel. Desembargador Silvânio Barbosa dos Santos, Segunda Turma, julgado em 21 out. 2010. Brasília, 05 nov. 2011. Disponível em: <http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?tipoDeRelator=Relator&visaoid=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&controladorId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.ControladorBuscaAcordao&enderecoDoServlet=sistj&internet=1&tokenDePaginacao=1&baseDados=BASE_ACORDAOS&baseDados=BASE_HISTORICA&baseDados=TURMAS_RECURSAIS&baseDados=SUMULAS&COMMAND=ok&skin=&argumentoDePesquisa=459.003&camposSelecionados=Espelho&visaoAnterior=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&comando=pesquisar&quantidadeDeRegistros=20&tipoDeNumero=NumAcordao&tipoDeData=DataPublicacao&idDoUsuarioDaSessao=&nomeDaPagina=buscaLivre>. Acesso em: 21 set. 2013.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. *Acórdão 458.165*. Rel. Desembargador George Lopes Leite, Primeira Turma, julgado em 14 out. 2010. Brasília, 04 nov. 2010. Disponível em: <http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?tipoDeData=DataPublicacao&nomeDaPagina=buscaLivre&internet=1&idDoUsuarioDaSessao=&baseDados=BASE_ACORDAOS&baseDados=BASE_HISTORICA&baseDados=TURMAS_RECURSAIS&baseDados=SUMULAS&argumentoDePesquisa=458.165&visaoAnterior=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&camposSelecionados=Espelho&COMMAND=ok&skin=&controladorId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.ControladorBus>.. Acesso em: 21 set. 2013.

caAcordao&comando=pesquisar&tipoDeNumero=NumAcordao&endereçoDoServlet=sistj&tipoDeRelator=Relator&visaold=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&quantidadeDeRegistros=20&tokenDePaginacao=1>. Acesso em: 21 set. 2013.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. *Acórdão 458.996*. Rel. Desembargador Silvânio Barbosa dos Santos, Segunda Turma, julgado em 21 out. 2010. Brasília, 05 nov. 2010. Disponível em: <http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?tipoDeData=DataPublicacao&tokenDePaginacao=1&camposSelecionados=Espelho&tipoDeNumero=NumAcordao&visaold=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&quantidadeDeRegistros=20&baseDados=BASE_ACORDAOS&baseDados=BASE_HISTORICA&baseDados=TURMAS_RECURSAIS&baseDados=SUMULAS&idDoUsuarioDaSessao=&skin=&argumentoDePesquisa=458.996&nomeDaPagina=buscaLivre&endereçoDoServlet=sistj&internet=1&tipoDeRelator=Relator&visaoAnterior=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&comando=pesquisar&controladorId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.ControladorBuscaAcordao&COMMAND=ok>. Acesso em: 21 set. 2013.

GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

GOMES, Luiz Flávio. Requisitos da tipicidade consoante a teoria constitucionalista do delito. *Revista IOB Direito penal e processual penal*, v. 7, n. 37, p. 32-34, abr./maio, 2006.

JESUS, Damásio E. de. *Código penal anotado*. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral*, arts. 1º a 120. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. v.1.

RODRIGUES, Cristiano. *Temas controvertidos de direito penal*. São Paulo: Método, 2010.

ROSA, Fabio Bittencourt da. *Direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Impetus, 2003.

_____. SENADO FEDERAL. Senador José Sarney. Atividade legislativa. *Projeto de lei do senado 236 2012*. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/113006.pdf>>. Acesso em 17 maio 2013.

_____. SENADO FEDERAL. Senador José Sarney. Atividade legislativa. *Projeto de lei do senado 236 2012*. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=125657&tp=1>>. Acesso em 24 maio 2013.

_____. SENADO FEDERAL. Senador José Sarney. Atividade legislativa. *Projeto de lei do senado 236 2012*. Disponível em:

<<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=113348&tp=1>> Acesso em 17 maio 2013.

____ SENADO FEDERAL. Senador José Sarney. Atividade legislativa. *Projeto de lei do senado 236 2012*. Disponível em:

<<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=114442&tp=1>> Acesso em 20 maio

____ SENADO FEDERAL. Senador José Sarney. Atividade legislativa. *Projeto de lei do senado 236 2012*. Disponível em:

<<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=114973&tp=1>> Acesso em 23 maio 2013.

____ SENADO FEDERAL. Senador José Sarney. Atividade legislativa. *Projeto de lei do senado 236 2012*. Disponível em:

<<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=115790&tp=1>> Acesso em 23 maio 2013.

YAROCHEWSKY, Lenardo Isaac. *Da reincidência criminal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005.

ZAFFARONI, E. Raul. *et.al. Direito penal brasileiro: teoria geral do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2003. v.1.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Hacia un realismo jurídico penal marginal*. Caracas: Monte Ávila Editores, 1992.